PRIVATE ALS TRÄGER VON ÖFFENTLICHEN EINRICHTUNGEN

MIT ANSCHLUSS- UND BENUTZUNGSZWANG

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Ruhr-Universität Bochum

vorgelegt von
Helmut Kauther
aus Witten
1975

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546503_0016

PRIVATE ALS TRÄGER VON ÖFFENTLICHEN EINRICHTUNGEN

MIT ANSCHLUSS- UND BENUTZUNGSZWANG

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Ruhr-Universität Bochum

vorgelegt von
Helmut Kauther
aus Witten
1975

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter : Prof.Dr. Martens
Zweiter Berichterstatter : Prof.Dr. Grawert

Dekan : Prof.Dr. Erichsen

Tag der mündlichen Prüfung : 7. Februar 1975

Meiner Familie

Inhaltsverzeichnis

Seite

§ 1 Einleitung 1

§ 2 Begriff der öffentlichen Einrichtung 5

I. Historische Entwicklung 6

II. Meinungsstand 8

1. Anstaltsrechtliches Verständnis 8

2. Der "offene" Einrichtungsbegriff 9

a. Verzicht auf bestimmte Organisationsform 10

b. Herausstellen der charakteristischen Merkmale 10

3. Das kombinierte Verständnis des Einrichtungsbegriffs von Scholz 12

III. Stellungnahme 13

§ 3 Rechtliche Natur des Benutzungsverhältnisses bei öffentlichen Einrichtungen mit Anschluß- und Benutzungszwang 16

I. Rechtliche Natur des Benutzungsverhältnisses bei öffentlichen Einrichtungen 16

1. Organisationsgewalt der Gemeinde 17

2. Organisationsfreiheit der Gemeinde 18

3. Zulässigkeit der Einschränkung der gemeindlichen Organisationsgewalt 23

II. Begriff des Anschluß- und Benutzungszwanges 25

1. Anschlußzwang 25

2. Benutzungszwang 26

Seite

III. Betreiben einer öffentlichen Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang als staatliche Aufgabe 26

1. Öffentliche und staatliche (Verwaltungs-) Aufgaben 27

a. "Öffentliche" Aufgaben 27

b. "Staatliche"Aufgaben 28

c. "Kommunale" Aufgaben 30

2. Charakter der durch die öffentliche Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang zu erfüllenden Aufgaben 31

3. Konsequenzen der Charakterisierung als staatliche Aufgabe 32

IV. Betreiben einer öffentlichen Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang als hoheitliche Tätigkeit 35

1. Begriff der "hoheitlichen" Tätigkeit 36

2. Nichtobrigkeitlich-hoheitliches Handeln innerhalb des Benutzungsverhältnisses 36

a. Interessentheorie 39

b. Subordinationstheorie 40

c. Subjektstheorie 41

d. Andere Lösungsmöglichkeiten 43

aa. Zweistufentheorie 43

bb. Fehlende Privatautonomie -staatlicher Zwang 44

Seite

V. Orientierung an der Rechtsstellung der Benutzer 48

1. Grundrechtsschutz 50

2. Rechtsweg 50

3. Haftung 52

a. Vertragliche Haftung 53

b. Deliktische Haftung 53

c. Haftungsausschluß 56

aa. Privatrechtliches Benutzungsverhältnis 56

bb. Öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis 57

4. Resultat 59

§ 4 Übertragung "staatlicher" Aufgaben auf Private 60

I. Erfüllungsmodalitäten 60

II. Privater 62

III. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit 63

1. Demokratiegebot 63

2. Art. 33 Abs. 4 GG 64

3. Art. 83 - 87 GG 64

4. Organisationsrechtliche Bedenken 65

IV. Das Verhältnis Privater - Staat 66

V. Das Verhältnis Privater - Dritter 68

§ 5 Zulässigkeit privater Trägerschaft gemeindlicher Einrichtungen mit Anschluß- und Benutzungszwang 69

I. "Gemeindliche" Einrichtungen 69

II. Anschluß- und Benutzungszwang zugunsten privater Unternehmer 72

1. Mißverständliche Formulierungen 72

2. Verfassungsrechtliche Bedenken 73

a. Enteignung zugunsten Privater 73

b. Ungleichbehandlung gegenüber anderen privaten Unternehmern - Art. 12 iVm.Art. 3 GG ? 74

III. Rechtsstellung des Privaten 76

§ 6 Der Private als "Beliehener" 77

I. Rechtliche Konstruktion 78

1. Aufgabentheorie 78

2. Rechtsstellungstheorie 79

3. Kritik 79

4. Folgerung 81

II. Verhältnis Staat - "Beliehener" 82

III. Verhältnis "Beliehener" - Dritter 84

1. Die Maßnahmen des "Beliehenen" gegenüber Dritten 85

2. Grundsatz der Gesetzmäßigkeit und Grundrechtsbindung 86

3. Rechtsweg 87

4. Haftung 88

IV. Zulässigkeit der Beleihung durch eine Gemeinde zwecks Betreibens einer öffentlichen Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang 91

1. Gesetzesvorbehalt 91

2. Beleihung zum Betreiben einer öffentlichen Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang 93

§ 7 Der Private als "Verwaltungshelfer" 97

I. Begriff des "Verwaltungshelfers" 97

1. Im vorliegenden Bereich angesiedelte Erscheinungsformen 98

a. Indienstnahme Privater 99

aa. Gesetzliche Indienstnahme 99

Seite

bb. Indienstnahme durch Verwaltungsakt 101

b. Öffentliche Indienststellung Privater 102

c. Mantelbegriffe 103

aa. Verwaltungsmittler 103

bb. Der "Verwaltungshelfer" iSv. Ossenbühl 104

cc. Verwendbarkeit der Mantelbegriffe 105

d. Verwaltungshilfe Privater 106

e. Der "Verwaltungshelfer" nach Boge 109

f. Hilfspersonen in öffentlich-rechtlichen Verhältnissen 110

g. Amtshelfer 112

2. Auseinandersetzung mit dem Begriff des Amtshelfers 113

a. Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage ? 114

b. Handeln im frendem Namen 117

c. Eigene Definition 119

II. Der Übertragungsakt 121

1. Rechtsnatur des Übertragungsakts 121

2. Inhalt der Vereinbarung 126

III. Das Verhältnis des "Verwaltungshelfers" zu Dritten 128

1. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und Grundrechtsbindung 129

2. Rechtsweg 130

3. Haftung 131

§ 8 Zusammenfassung 135

Literaturverzeichnis

Bachof, Otto: Freiheit des Berufs, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte III/1, Berlin 1958, S. 155 (zit. Grundrechte)

- Rechtsprechungsberichte, in: JZ 1966, 98

- Teilrechtsfähige Verbände des öffentlichen Rechts, in: AöR 83, 208

- Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht: gelöste und ungelöste Probleme, in: DöV 1953, 417

Badura, Peter: Das Verwaltungsmonopol, Berlin 1963 (zit. Verwaltungsmonopol)

- Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde und Verwaltungsprivatrecht - OVG Lüneburg DVBl 1964, 365, in: JUS 1966, 17

- Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat, in: DöV 1966, 631

Bartlsperger, Richard: Rechtsansprüche und Haftung bei der öffentlichen Straßenverkehrssicherungspflicht, in: DVBl 1973, 465

Bauernfeind-Zimmermann: Kommunalabgabengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen, Düsseldorf 1969

Baumgärtel, Gottfried: Das Verfahren der ordentlichen Gerichte in öffentlich-rechtlichen Streitsachen, in: ZZP 73, 387

Becker, Erich: Gemeindliche Selbstverwaltung, 1. Teil: Grundzüge der gemeindlichen Verfassungsgeschichte, Berlin 1941 (zit. Grundzüge)

Beinhardt, Gerd: Der öffentliche Vertrag im deutschen und französischen Recht, in: VerwArch 55 (1964), 210

Bender, Bernd: Staatshaftungsrecht, Karlsruhe 1971

Bethge, Herbert: Der verfassungsrechtliche Standort der "staatlich gebundenen" Berufe, Diss. Köln 1968

Bettermann, Karl-August: Urteilsanmerkung in: JZ 1967, 445

Bisek, Nikolaus-Zeno: Der öffentliche Vertrag nach dem Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes in der Fassung von 1963, in der "Münchener Fassung" von 1966 und dem schleswig-holsteinischen Landesverwaltungsgesetz, Diss. Münster 1970

Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, Berlin 1964 (zit. Organisations-

gewalt)

Böckenförde, Ernst-Wolfgang - Grawert, Rolf: Sonderverordnungen zur Regelung besonderer Gewaltverhältnisse, in: AöR 95, 1

Boehmer, Gustav : Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, 1. Buch, Tübingen 1950

Boge, Heinrich: Der Verwaltungshelfer im Polizeirecht, Diss. Göttingen 1964

Brand, Jürgen: Die Rechtsstellung des Beliehenen, Diss. Münster 1953

Brandner, Hans Erich: Wege und Zielvorstellungen auf dem Gebiet der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: JZ 1973, 613

Brehm, Robert: Beschränkung der Amtshaftung durch gemeindliche Satzungen?, in: DöV 1974, 415

Brohm, Winfried: Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, Stuttgart u. a. 1969

Bronsch, Hans-Joachim: Zum Rechtsschutz gegen die Ausübung des Vorkaufsrechts nach §§ 24 ff. BBauG, in: DVBl 1964, 514

Buhlmann, Günter: Zur Rechtsnatur der Kommunalanschlußkosten, in: KStZ 1958, 211

Bull, Hans Peter: Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, Frankfurt 1973

Bullinger, Martin: Öffentliches Recht und Privatrecht, Stuttgart u. a. 1968

- Vertrag und Verwaltungsakt, Stuttgart 1962

- Die Enteignung zugunsten Privater, in: Der Staat 1 (1962), 449

- Staatsaufsicht in der Wirtschaft, in: VVDStRL 22, 264

Burmeister, Joachim: Plädoyer für ein rechtsstaatliches Instrumentarium staatlicher Leistungsverwaltung und Wirtschaftsagende, in: WiR 1972, 311

Cantner, Walter: Die Ausübung öffentlicher Gewalt durch privaten Unternehmer, Diss. Tübingen 1932

Dagtoglou, Prodromos: Der Private in der Verwaltung als Fachmann und Interessenvertreter, Heidelberg 1964 (zit. Fachmann)

- Die Beteiligung Privater an Verwaltungsaufgaben, in: DöV 1970, 532

- Partizipation Privater an Verwaltungsentscheidungen,

in: DVBl 1972, 712

Dagtoglou, Prodromos: Kommentierung zu Art. 34 GG (Zweitbearbeitung), in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 1970

David, Joachim: Die Satzungsgewalt der Gemeinden in Nordrhein-Westfalen, Diss. Münster 1960

Dietzel, Gottfried T.W.: Zur Neuordnung des Amtshaftungsrechts, in: JZ 1969, 48

Doms, Wilhelm : Das Recht auf Benutzung der öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde, Stuttgart u. a. 1940

Drews, Bill - Wacke, Gerhard: Allgemeines Polizeirecht - Ordnungsrecht der Länder und des Bundes, 7. Aufl., Berlin u. a. 1961

Duden-Külz-Ramm-Scharnberg-Zeidler (Hrsg.): Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft, Dokumentation zum rechtspolitischen Kongreß der SPD vom 5., 6. und 7. Mai 1972 in Braunschweig, Karlsruhe 1972

Dürig, Günter: Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, in: JZ 1953, 193

Eberth, Dietmar: Die Rechtsnatur des Benutzungsverhältnisses in der städtischen Großmarkthalle München, in: BayVBl 1959, 183

Eckert, Lutz: Leistungsstörungen in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen, in: DVBl 1962, 11

Ehle, Dietrich: Die verfassungsrechtliche Bedeutung des Kostendeckungsprinzips im Gebührenrecht, in: DöV 1962, 45

Ehmke, Horst: Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: VVDStRL 20, 53

Eith, Wolfgang: Zum Schutzbedürfnis gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: NJW 1974, 16

Ellwein, Thomas: Zur Entwicklung der öffentlichen Aufgaben, in: DöV 1972, 13

Emmerich, Volker: Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, Bad Homburg v.d.H. 1969 (zit. Unternehmen)

- Die Fiskalgeltung der Grundrechte, in: JUS 1970, 332

Enneccerus, Ludwig - Nipperdey, Hans-Carl: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 2. Halbbd., Tübingen 1960

Erichsen, Hans-Uwe: Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I, Frankfurt 1972 (zit. Staatsrecht I)

Erichsen, Hans-Uwe: Urteilsanmerkung zum Urteil des BGH vom 7.6.71 und 14.6.71 (JR 1972, 128) in: JR 1972, 130

- Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in: VerwArch 65 (1974), 219

Ermacora, Felix: Die Organisationsgewalt, in: VVDStRL 16, 191

Ernst-Zinkhahn-Bielenberg: Bundesbaugesetz, Kommentar, München, Stand April 1974

Eyermann-Fröhler: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 6. Aufl., München 1974

Fischerhof, Hans: Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und öffentliche Verwaltung, in: DöV 1957, 305

Fleiner, Fritz: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Tübingen 1928

Foerster, German: Können Hoheitsträger ihre Aufgaben auf Privatpersonen übertragen?, in: SKV 1967, 198

Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 10. Aufl., München 1973 (zit. VerwR)

- Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: VVDStRL 12, 8

- Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Stuttgart 1959

Friederichs, Helmut: Zur Haftung der gerichtlichen Sachverständigen, in: DRiZ 1973, 113

Friedrichs, Karl: Das Recht der Versorgungsbetriebe, 2. Aufl. 1935

Fritz, Hanns: Anschluß- und Benutzungszwang und öffentliche Entschädigung im Rahmen des Gemeinderechts der westdeutschen Länder, Diss. Würzburg 1956

Gallwas, Hans-Ullrich: Nebenwirkungen hoheitlicher Akte und Enteignungsrecht, in: BayVBl 1965, 40

- Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, in: VVDStRL 29, 211

- Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch unentgeltliche Dienstleistung Privater, in: BayVBl 1971, 245

Gammelin, Dietrich: Rechtsscheinhaftung des Kaufmanns und Regreßansprüche gegen den Staat bei fehlerhaftem Publikationsakt der Presse, Frankfurt 1973

Gass, Berthold: Zur verfassungsrechtlichen Problematik der saarländischen Arbeitskammern und der bremischen Arbeitnehmerkammern, in: DöV 1960, 778

Gause, Hermann: Die öffentliche Indienststellung Privater als Rechtsinstitut der Staatsorganisation, Diss. Kiel 1967

Gentz, Manfred: Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen,NJW 1968, 1600

Giacometti, Zaccaria: Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960

Glatzel, G.: Zur Neuordnung der Trägerschaft für den Schlachthof der Stadt Minden, in: SVZ 1974, 65

Göbel, Kurt: Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, Stuttgart 1956

Gönnenwein, Otto: Gemeinderecht, Tübingen 1963

Götz, Volkmar: Recht der Wirtschaftssubentionen, München u. a. 1966

- Hauptprobleme des verwaltungsrechtlichen Vertrages, in: JUS 1970, 1

- Haftung und Haftungsbeschränkung in verwaltungsrechtlichen Benutzungsverhältnissen - BGHZ 54, 299, in: JUS 1971, 349

Greß, Josef: Hoheitliche Verwaltung durch juristische Personen des Privatrechts, in: SKV 1967, 122

Gröttrup, Hendrik : Die kommunale Leistungsverwaltung, Stuttgart u. a. 1973

Gudian, Ingo: Genehmigungspflicht von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: ZRP 1972, 147

Häberle, Peter: Grundrechte im Leistungsstaat,in: VVDSTRL 3o, 43

Hamann, Andreas: Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 2. Aufl., Berlin 1961

Hamann, Andreas - Lenz, Helmut: Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Berlin 1970

Hammer, Wilm: Zwischengemeindliche Wasserversorgung (Anschluß- und Benutzungszwang), in: DöV 1966, 333

Haueisen, Fritz: Die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte, in: NJW 1954, 1425

- Verwaltung und Bürger,in: DVBl 1961, 833

Heckel, Hans: Umfang und Grenzen der Schulaufsicht, in: DöV 1952, 617

Helmreich, Karl - Widtmann, Julius: Bayerische Gemeindeordnung, Kommentar, 3. Aufl., München 1966

Herbig, Gottfried: Die öffentlichen Einrichtungen im sozialen Rechtsstaat der Gegenwart, Berlin 1970

Herschel, Wilhelm: Die Haftung der Technischen Überwachungsvereine, Ein Beitrag zu Fragen der Staatshaftung, in: NJW 1969, 817

Hesse, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 6. Aufl., Karlsruhe 1973

Hippel, Eike von: Präventive Verwaltungskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen?, in: ZRP 1972, 110

Hoffmann-Becking, Michael: Die Begrenzung der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand durch Subsidiaritätsprinzip und Übermaßverbot, in: Festschrift für H. J. Wolff zum 75. Geburtstag, 1973, S. 445

Hohenester, Hermann: Lichtsignalanlagen im Straßenverkehr, in: BayVBl 1959, 149

- Die Verbindlichkeit der an Straßenbaustellen angebrachten Gebots- und Verbotszeichen, in: NJW 1961, 1613

Holtzmann, Ernst: Anschluß- und Benutzungszwang bei Fernheizungen, in: DöV 1964, 85

Huber, Ernst Rudolf: Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, 2. Aufl., Tübingen 1953

- Der Streit um das Wirtschaftsrecht, in: DöV 1956 200

- Beliehene Verbände, in: DVBl 1952, 456

Hurst, Karl: Gemeindeeinrichtungen, in: Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. II, Berlin 1957 (zit. HBdKW II)

Imboden, Max: Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, Basel 1954

Ipsen, Hans Peter: Gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben, in: Festschrift für Erich Kaufmann, Stuttgart 1950, S. 141

- Öffentliche Subventionierung Privater, Berlin 1956 (zit. Subventionierung)

- Verwaltung durch Subventionen, in: VVDStRL 25, 257

- Zur Legalität des Werbefernsehens, in: NJW 1963, 2049

- Rechtsfragen zur "Ausgliederung" des Werbefernsehens, in: NJW 1963, 2102

Isensee: Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, Berlin 1968

Jacobs, Alexander von: Der öffentliche Benutzungszwang in der Verwaltungsordnung, Münster 1963

Jebens, A.W.: Polizeiliche Gemeindeanstalten, in: PrVBl 22 (1911), 329

Jecht, Hans: Die öffentliche Anstalt - Wandlungen gegenwärtige Struktur, Berlin 1963

Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht, 3. Aufl. (1948/50) Neudruck Bad Homburg v. d. H. 1966

Jesch, Dietrich: Urteilsanmerkung zum Urteil des BayVGH vom 17.3.61 (DöV 1962, 426), in: DöV 1962, 428

- Gesetz und Verwaltung, 2. Aufl., Tübingen 1968

Jessnitzer, Kurt: Die zivilrechtliche Haftung für Pflichtverletzungen von gerichtlichen Sachverständigen, JVBl 1972, 177

- Der gerichtliche Sachverständige, 4. Aufl., Köln u.a. 1973

Kerrl-Weidemann: Deutsche Gemeindeordnung vom 30.1.1935, Kommentar, 2. Aufl., Berlin 1937

Kierstein, Hans: Probleme der Beziehungen zwischen den Muttergemeinwesen und den von ihnen errichteten rechtsfähigen Anstalten, Diss. Marburg 1967

Kipp, Heinrich: Zum Problem der Förderung der Wissenschaften durch den Bund, in: DöV 1956, 555

Klein, Hans H.: Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe, in: DöV 1965, 755

- Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, Stuttgart 1968 (zit. Teilnahme)

Klinger, Hans: Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl., Göttingen 1964

Knemeyer, Franz-Ludwig: Die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinden, Stuttgart 1973

Kniepmeyer-Richter: Die Wasserversorgung durch die Gemeinden, 2. Aufl., bearbeitet von Ludwig-Odenthal, Köln 1962

Knies, Wolfgang: Die Überlassung gemeindlicher Räume an politische Parteien, BayVBl 1968, 230

Köttgen, Arnold: Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt, in: VVDStRL 6, 105

- Die Organisationsgewalt, in: VVDStRL 16, 154

Köttgen, Arnold: Der Einfluß des Bundes auf die deutsche Verwaltung und die Organisation der bundeseigenen Verwaltung, in: JöR nF. 11, 173

- Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmer, Göttingen 1961 (zit. Daseinsvorsorge)

- Das anvertraute öffentliche Amt, in: Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für Rudolf Smend, Tübingen 1962 (zit. Öffentliches Amt)

Kötz, Hein: Welche gesetzlichen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutz des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen? Gutachten A zum 50. Deutschen Juristentag, München 1974

Kopp, Ferdinand: Der beliehene Unternehmer (Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 14.3.69 - VII C 37/67), in: DVBl 1970, 724

- Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, in: DVBl 1971, 172

Kornatzki, Harald von: Anschluß- und Benutzungszwang zugunsten privater Unternehmer, Diss. Kiel 1958

Kottenberg, Kurt - Rehn, Erich: Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 10. Aufl., Siegburg 1972

Kratzer, J.: Buchbesprechung zu Masson, Bayerische Kommunalgesetze - Kommentar, in: DVBl 1961, 604

Krautzberger, Michael: Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private, Berlin 1971

Krüger, Herbert: Öffentlich rechtsstaatliche Gesetzgebungstechnik, in: DöV 1956, 550

- Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Stuttgart 1966 (zit. Staatslehre)

Kühlhorn, Thomas: Haftung für die durch Verwaltungshilfe Privater entstandenen Schäden, Diss. Regensburg 1972

Kunz-Guba-Theissig: Die Deutsche Gemeindeordnung, Bd. I 2. Aufl., Dresden 1939

Kunze, Richard - Schmid, Carl: Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, Kommentar, 2. Aufl., Stuttgart 1964

Landmann-Giers-Proksch: Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Düsseldorf 1960

Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, I. Bd. Allgemeiner Teil, 9. Aufl., München 1968 (zit. Schuldrecht I)

Leisner, Walter: Werbefernsehen und öffentliches Recht, Berlin 1967 (zit. Werbefernsehen)

Leisner, Walter: Öffentliches Amt und Berufsfreiheit, in: AöR 93, 162

- Errichtung und Einrichtung juristischer Personen in Bayern, BayVBl 1967, 329

- Privatinteressen als öffentliches Interesse, in: DöV 1970, 217

- Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, Bonn-Bad Godesberg 1970

Lerche, Peter: Übermaß und Verfassung, Köln 1961

Loening-Schmitz: Kommunalabgabengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen vom 21. Okt. 1969, Stuttgart 1970

Löwe, Walter: Inhaltsbeschränkung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur durch Generalklausel?, in: BB 1974, 97

Loschelder, Wilhelm - Salzwedel, Jürgen: Verfassungs- und Verwaltungsrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, Köln u. a. 1964

Lüke, Gerhard: Die Rechtsstellung des vertraglich verpflichteten Unternehmers nach dem Tierkörperbeseitigungsgesetz, in: DöV 1955, 432

Mallmann, Walter: Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, in: VVDStRL 19, 165

Mangoldt, von - Klein: Das Bonner Grundgesetz, Bd. I 2. Aufl., Berlin 1966

- Das Bonner Grundgesetz, Bd. II 2. Aufl., Berlin 1966

Martens, Wolfgang: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 17.11.1967 - V ZR 143/66 - (DVBl 1968, 148), in: DVBl 1968, 150

- Öffentlich als Rechtsbegriff, Bad Homburg v.d.H. 1969 (zit. Öffentlich)

- Übertragung von Hoheitsgewalt auf Schüler, in: NJW 1970, 1029

- Grundrechte im Leistungsstaat, in: VVDStRL 30, 7

- Prinzipien der Leistungsverwaltung, in: Fortschritte des Verwaltungsrechts, Festschrift für H.J. Wolff zum 75. Geburtstag, München 1973, S. 429

Masson, Christoph: Bayerische Kommunalgesetze - Kommentar, Stand September 1970, München

Maunz, Theodor: Deutsches Staatsrecht, 19. Aufl., München u. a. 1973 (zit. Staatsrecht)

Maunz-Dürig-Herzog: Grundgesetz, Kommentar, Bd. I und II,

Stand 1971

Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 2, 3. Aufl., Leipzig 1924

Meister, Hans: Zur Rechtsnatur der Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts, in: DVBl 1967, 262

Menger, Christian-Friedrich: Rechtssatz, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: DöV 1955, 587

- Zur verfassungsrechtlichen Stellung der deutschen politischen Parteien, in: AöR 78, 149

- Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in: VerwArch 53 (1962), 394

- Rechtsweg und Haftung bei Lieferung verunreinigten Wassers durch Gemeinden, in: VerwArch 64 (1973), 305

- Zum Stand der Meinungen über die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht, in: Fortschritte des Verwaltungsrechts, Festschrift für H.J. Wolff zum 75. Geburtstag, München 1973, 149

Menger, Christian-Friedrich - Erichsen, Hans-Uwe: Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in: VerwArch 56 (1965), 390
59 (1968), 378
61 (1970), 274, 380

Mennacher, Herbert: Begriffsmerkmale und Rechtsstellung des mit öffentlicher Gewalt beliehenen Hoheitsträger des Privatrechts, Diss. München 1963

Michaelis, Rüdiger: Der Beliehene, Diss. Münster 1969

Moecke, Hans-Jürgen: Die Rechtsnatur der parlamentarischen Fraktion, in: NJW 1965, 276

Müller, Paul R.: Das öffentliche Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechts, Diss. St. Gallen 1968

Münch, Ingo von: Staatliche Wirtschaftshilfe und Subsidiaritätsprinzip, in: JZ 1960, 303

Muntzke-Schlempp: Kommentar zur hessischen Gemeindeordnung, Bad Homburg v.d.H. 1954

Mutius, Albert von: Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in: VerwArch 62 (1971), 300

- Verfassungsrechtliche Zulässigkeit und Schranken der öffentlichen Indienstnahme Privater, in: VerwArch 63 (1972), 329

- Zur Staatshaftung bei Erfüllung staatlicher Aufgaben durch Private, in: VerwArch 63 (1973), 433

Naumann, Richard: Streitigkeiten des öffentlichen Rechts, in: Staatsbürger und Staatsgewalt II, Karlsruhe 1963, S. 366

Nebinger, Robert: Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Stuttgart 1949

Neukirchen, Hans: Die Haftung für Hilfspersonen in einzelnen öffentlich-rechtlichen Verhältnissen, Diss. Köln 1957

Nipperdey, Hans Carl: Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920

- Die Würde des Menschen,in: Bettermann - Nipperdey - Scheuner, Die Grundrechte Bd. II, 2. Aufl., Berlin 1968, S. 1 (zit. Grundrechte)

Nufer, Günther: Benutzung öffentlicher Gemeindeeinrichtungen durch Nichteinwohner, in: BaWüVBl 1969, 177

Oberläuter, Werner: Stellungnahme (zu einem Aufsatz von Ehle in: DöV 1962, 45), in: DöV 1962, 49

Obermayer, Klaus: Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, Stuttgart u. a. 1956

- Die Übertragung von Hoheitsbefugnissen im Bereich der Verwaltungsbehörden, in: JZ 1956, 625

Odenthal, Hans: Grenzen des Benutzungszwanges und des Haftungsausschlusses in der öffentlichen Wasserversorgung, in: KStZ 1963, 223

Ossenbühl, Fritz: Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, Bad Homburg v.d.H. u.a. 1968 (zit.Verwaltungsvorschriften)

- Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, in: VVDStRL 29, 137

- Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht, in: DöV 1971, 513

- Probleme der Amtshaftung bei Versagen von Ampelanlagen - BGH NJW 1971, 2220 und 1972, 1268, in: JUS 1973, 423

- Öffentliches Recht und Privatrecht in der Leistungsverwaltung, in: DVBl 1974, 541

- Rechtliche Probleme der Zulassung zu öffentlichen Stadthallen, in: DVBl 1973, 289

Pagenkopf, Hans: Kommunalrecht, Köln u. a. 1971

Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkommentar, 33. Aufl., München 1974 (zitierter Bearbeiter: Danckelmann)

Pappermann, Ernst: Prozessuale Fragen im Rechtsstreit politischer Parteien auf Überlassung gemeindlicher Räume, in: JZ 1969, 485

- Anmerkung zum Urteil des OVG Münster vom 21.8.69 (DVBl 1971, 218), in: DVBl 1971, 219

Pestalozza, Christian: Formenmißbrauch des Staates, München 1973 (zit. Formenmißbrauch)

- Kollisionsrechtliche Aspekte der Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht, in: DöV 1974, 188

Peters, Hans: Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: Festschrift für H. C. Nipperdey, Bd. II, München u. a. 1965, S. 877

Pieper, Goswin: Zulässigkeit und Funktion des öffentlich-rechtlichen Vertrages im Verhältnis Staat und Bürger, insbesondere im Vergleich zur Funktion des Verwaltungsakts, in: DVBl 1967, 11

Preuss, Hugo: Die Entwicklung des deutschen Städtewesens, 1. Bd. Leipzig 1906

Püttner, Günther: Die öffentlichen Unternehmen, Bad Homburg v.d.H. 1969 (zit. Unternehmen)

- Allgemeines Verwaltungsrecht, Düsseldorf 1971

Rasch, E.: Die Behörde, Begriff - Rechtsnatur - Errichtung - Einrichtung, in: VerwArch 50 (1959), 1

Rauball, Johannes und Reinhard: Gemeindeordnung für Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 2. Aufl. München 1974

Redeker-von Oertzen: Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl., Stuttgart 1965

Rehbinder, Manfred: Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts, Berlin 1972

Reuß, Wilhelm: Öffentliche Wirtschaftsverwaltung mit privatrechtlichen Gestaltungsmitteln, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, 2. Bd., S. 255, Karlsruhe 1963 (zit. Staatsbürger)

Reuß-Chorvat: Wirtschaftsverfassung, Allgemeine Wirtschaftsverwaltung, Organisationsrecht der Wirtschaft, Köln 1964 (zit. Wirtschaftsverfassung)

Richter,Lutz: Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt, in: VVDStRL 6, 69

Rinck, Gerd: Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., Köln 1972

Rinkens, Gerhard: Grenzen des Benutzungszwanges und des Haftungsausschlusses in der öffentlichen Wasserversorgung, in: KStZ 1963, 180

Rogge, Georg: Jüngstes Sorgenkind - der Schlachthof, in: DemGem 1972, 550

Rüfner, Wolfgang: Formen der öffentlichen Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, Berlin 1967 (zit. Formen)

- Haftungsbeschränkungen in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen, in: DöV 1973, 808

- Beschränkung der Amtshaftung durch gemeindliche Satzungen?, in: DöV 1974, 417

Rupp, Hans Heinrich: Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegen Träger hoheitlicher Gewalt, in: DVBl 1958, 113

- Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: Gelöste und ungelöste Probleme, in: AöR 85, 150

- Privateigentum an Staatsfunktionen?, Tübingen 1963

- Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965, (zit. Grundfragen)

- Zum Anwendungsbereich des verwaltungsrechtlichen Vertrages - OVG Münster Urt. v. 21.6.1960, in: JUS 1961, 60

Salzwedel, Jürgen: Staatsaufsicht in der Verwaltung, in: VVDStRL 22, 206

Sauer, Herbert: Rechtsnatur der Entscheidung des amtlicht anerkannten Sachverständigen oder Prüfers beim TÜV über Bestehen oder Nichtbestehen der Fahrprüfung, in: DVBl 1970, 486

Scheidemantel, Dieter: Der Anschluß- und Benutzungszwang für öffentliche Gemeindeeinrichtungen nach bayerischem Gemeinderecht, Diss. Nürnberg 1958

Scheuner, Ulrich: Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft. Rechtsformen und Rechtsschutz, in: VVDStRL 11, 1

Schick, Walter: Gemeindemonopole und Grundgesetz, in: DöV 1962, 931

Schinkel, Harald: Polizei und Stadtverfassung im frühen 19. Jahrhundert, eine historisch-kritische Interpretation der preußischen Städteordnung von 1808, in: Der Staat 1964, 315

Schmidt, Hans-Joachim: Die Benutzung der öffentlichen Einrichtungen einer Gemeinde durch Nichteinwohner, in: DöV 1963, 217

Schmidt, Reiner: Urteilsanmerkung, in NJW 1969, 616

Schmidt-Salzer, Joachim: Allgemeine Geschäftsbedingungen, München 1971

Schmoller, Gustav von: Deutsches Städtewesen in älterer Zeit, Bonn 1922

Schneider, Hans: Zur Haftung der Gemeinden für ihre öffentlichen Anstalten, in: NJW 1962, 705

Scholz, Rupert: Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen, Berlin 1967

Schoreit, Arnim: Gesetzliche Regelung für allgemeine Geschäftsbedingungen?, in: ZRP 1970, 175

Schröder, Meinhard: Der praktische Fall: Die ungleiche Werftensubvention, in: JUS 1969, 25

Schrödter: Anmerkung zum Urteil des BVerwG DVBl 1958, 956, in: DVBl 1959, 452

Schunck, Egon - de Clerck, Hans: Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl., Siegburg 1967

Schuster-Diehl: Selbstverwaltungsgesetz für Rheinland-Pfalz, Kommentar, Mainz, Stand: November 1970

Schwabe, Jürgen: Urteilsanmerkung, in: NJW 1973, 455

- Zum organisationsrechtlichen Mandat, in:DVBl 1974, 69

Schwarze, Jürgen: Der Streit um die Stadthalle, in: JUS 1972, 715

- Haftungsbeschränkung durch gemeindliche Satzung - BGHZ 61, 7, in: JUS 1974, 640

Seeger, Richard: Die Benutzung öffentlicher Gemeindeeinrichtungen durch Nichtgemeindeeinwohner, in: Die Verwaltungspraxis 1963, 265

Siebert, Wolfgang: Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, in: Festschrift für Niedermeyer, Göttingen 1953, S. 215

Simons, Lothar: Leistungsstörungen verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse, Berlin 1967

Siedentopf, Heinrich: Grenzen und Bindungen der Kommunalwirtschaft, Stuttgart 1963

Smend, Rudolf: Verfassung und Verfassungsrecht, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, 1955, 234

Söhn, Hartmut: Eigentumsrechtliche Probleme des gemeindlichen Anschluß- und Benutzungszwangs, Diss. München 1965

Soergel-Siebert: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 10. Aufl., Stuttgart 1967 (§ 839, bearbeitet von Glaser)

Spanner, Hans: Organisationsgewalt und Organisationsrecht, in: DöV 1957, 640

Sprengel: Zur Stellung der mit der Verwaltung der Umstellungsgrundschulden beauftragen Institute, in: JZ 1952, 138

Steinbach,Franz: Geschichtliche Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung in Deutschland, Bonn 1932

Steiner, Udo: Der beliehene Unternehmer - VG Münster NJW 1967, 171, in: JUS 1969, 69

- Öffentliche Verwaltung durch Private, in: DöV 1970, 526

Stern, Klaus: Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages, in: VerwArch 49 (1958), 106

- Interpretation - eine existentielle Aufgabe der Jurisprudenz, in:NJW 1958, 695

- Gemeindeordnung und kommunale Wirtschaftsbestätigung, in: BayVBl 1962, 129

- Der rechtliche Standort der Gemeindewirtschaft, in: AfK 1964, 81

- Verwaltungsprozessuale Grundprobleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, in: JUS 1965, 139

- Kommentierung zu Art. 28 GG, in: Bonner Kommentar zum GG, 1970

Stern-Püttner: Die Gemeindewirtschaft - Recht und Realität, Stuttgart 1965

- Urteilsanmerkung, in: JZ 1967, 489

Stiefken: Gebühren und Kosten für Anschluß und Benutzung gemeindlicher Abwasseranlagen, in: Der Städtebund 1968, 25

Stober, Rolf: Schüler als Amtshelfer, Berlin 1972

Surén-Loschelder: Die deutsche Gemeindeordnung vom 30.1.1935, Kommentar, Bd. 1,Berlin 1940

Terrahe, Jürgen: Die Beleihung als Rechtsinstitut der Staatsorganisation, Diss. Münster 1961

Teufel, Karl: Anschluß- und Benutzungszwang, Diss. Würzburg 1937

Thieme, Werner: Berufsfreiheit und Gemeindemonopol, in: JZ 1961, 280

Triepel, Heinrich: Delegation und Mandat im öffentlichen Recht, Stuttgart u. a. 1942

Trinkner, Reinhold: Vorschlag einer Generalklausel zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Inhaltskontrolle), in: BB 1973, 1501

Uffhausen, Karsten: Die Benutzungsgebühr, Diss. Göttingen 1970

Ule, Carl Hermann: Urteilsanmerkung, in: DVBl 1955, 771

- Verwaltungsgerichtsbarkeit, Bd. I 2. Halbbd., 2. Aufl., Köln 1962 (zit. VwGO)

- Verwaltungsprozeßrecht, 5. Aufl., München u. a. 1971

Unruh, Georg Christoph von: Gemeinderecht, in: von Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, 3. Aufl. Bad Homburg v.d.H. u.a. 1972, S. 83

Vogel, Klaus: Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, Hamburg 1959

Wallerath, Max: Die Selbstbindung der Verwaltung, Berlin 1968

Weber, Werner: Rechtsgrundlagen einer Realisierung von Ausgleichsforderungen. Gutachten, in: VersR 1952, 299

Wertenbruch, Wilhelm: Grundrechtsanwendung im Verwaltungsprivatrecht, in: JUS 1961, 105

Wietkamp, Helmut: Probleme des Anschluß- und Benutzungszwangs unter besonderer Berücksichtigung des Bestattungswesens, Diss. Münster 1962

Wilhelm, Bernhard: Anschluß- und Benutzungszwang für gemeindliche Fernheizungen?, in: BayVBl 1965, 80

Wilke, Dieter: Gebührenrecht und Grundgesetz, München 1973

Wolf, Manfred: Normsetzung durch private Institutionen? in: JZ 1973, 229

Wolff, Hans J.: Rechtsformen gemeindlicher Einrichtungen, in: AfK 1963, 149

- Urteilsanmerkung, in: JZ 1953, 551

- Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, in: AöR 76, 205

- Verwaltungsrecht I, 8. Aufl., München 1971

Wolff, Hans J.: Verwaltungsrecht II, 2. Aufl., München 1967 und 3. Aufl., München 1970

- Verwaltungsrecht III, 3. Aufl., München 1973

Zacher, H.F.: Verwaltung durch Subventionen, in: VVDStRL 25, 308

Zeidler, Karl: Verwaltungsrechtsprechung in den Spannungsfeldern unserer Gesellschaft, in: DVBl 1971, 565

Zeidler, Karl: Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, in: VVDStRL 19, 208

Zeitler-Bitter-von Derschau: Kommentar zur Deutschen Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935, 4. Aufl., Berlin 1939

Zuck, Rüdiger: Subsidiaritätsprinzip und Grundgesetz, München 1968

Zuhorn, Karl - Hoppe, Werner: Gemeindeverfassung, 2. Aufl., Siegburg 1962

Zuleeg, Manfred: Die Rechtsformen der Subventionen, Berlin 1965 (zit. Subventionen)

- Zur Rechtsnatur der Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts, in: DVBl 1967, 267

- Verfahrensfragen und Interessenschutz bei Ausübung des Vorkaufsrechts nach §§ 24 ff. BBauG, in: DVBl 1966, 233

- Beleihung mit Hoheitsgewalt, Verwaltungshilfe und privatrechtliches Handeln bei Schülern, in: DöV 1970, 627

Abkürzungsverzeichnis

aA.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
AfK	Archiv für Kommunalwissenschaft
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AusfAnw.	Ausführungsanweisung
BaWüVBl	Baden-Württembergisches Verwaltungsblatt
bay	bayrisch
BayVBl	Bayrisches Verwaltungsblatt
BayVerfGH	Bayrischer Verfassungsgerichtshof
BayVGH	Bayrischer Verwaltungsgerichtshof
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
bhStVerf	bremerhavener Stadtverfassung
BK	Bonner Kommentar
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bw	baden-württembergisch
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
DemGem	Die Demokratische Gemeinde
DGO	Deutsche Gemeindeordnung vom 30.1.35
Diss.	Dissertation (juristische)
DöV	Die öffentliche Verwaltung

DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Amtliche Entscheidungssammlung des jeweiligen Gerichts
Erl.	Erläuterung
Fn.	Fußnote
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GO	Gemeindeordnung
he	hessisch
HessVGH	Hessischer Verwaltungsgerichtshof
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
iSd.	im Sinne der (des)
iSv.	im Sinne von
iVm.	in Verbindung mit
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JUS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KAG	Kommunalabgabengesetz
KStZ	Kommunale Steuerzeitung
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
mwNw.	mit weiteren Nachweisen
nds.	niedersächsisch
nF.	neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRW	Nordhrein-Westfalen
nw	nordrhein-westfälisch
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg

PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
Rdn.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Rechtsgerichts in Zivilsachen
rp	rheinland-pfälzisch
RspE	Rechtsprechung zum kommunalen Verfassungsrecht des Landes Nordrhein-Westfalen (herausgegeben von Kottenberg-Steffens)
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite, Satz
SKV	Staats- und Kommunalverwaltung
s.o.	siehe oben
sa	saarländisch
schlh	schleswig-holsteinisch
sog.	sogenannte
str.	strittig
SVZ	Schlacht- und Viehhofzeitung
u.a.	unter anderen, und andere
u.U.	unter Umständen
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VersR	Versicherungsrecht
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVO	Verwaltungsvorschrift
WiR	Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
zust.	zustimmend
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

§ 1 Einleitung

Seitdem sich die Staatsrechtslehrertagung 1970 in Speyer mit dem Problem der "Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private" [1] beschäftigt hat, findet dieser bis dahin stiefmütterlich behandelte Problemkreis vermehrtes Interesse [2]. Gleichwohl ist man von einer befriedigenden dogmatischen Bewältigung dieses Komplexes der Verwaltungsrechtslehre noch weit entfernt. Das hängt zum einen mit dem Mangel einer durchgängigen Staatsaufgabenlehre[3] zusammen, zum anderen liegt das an der ungewöhnlichen Bandbreite dieses Themas.

Dabei handelt es sich nicht etwa um eine relativ neue oder rein akademische Problematik. Vielmehr werden in der Verwaltungspraxis Private seit jeher für die Erfüllung staatlicher Aufgaben eingesetzt.[4] Das geschieht heute in vermehrtem Maße. Bedenklich an dieser Entwicklung erscheint, daß die Verwaltungspraxis [5] offenbar zu pragmatisch

---

1) Vgl. die Referate zu dem gleichlautenden Thema von Ossenbühl und Gallwas in VVDStRL 29, S. 137 ff. und S. 211 ff.

2) Kopp DVBl 1970, 724; Sauer DVBl 1970, 487; Steiner DöV 1970, 526; Dagtoglou DöV 1970, 532; Zulegg DöV 1970, 627; von Mutius Verw Arch. 62 (1971),300 ff.; ders. Verw. Arch 64 (1973), 433 ff.; Krautzberger, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private, Berlin 1971; Stober, Schüler als Amtshelfer, Berlin 1972; Kühlhorn,Haftung für die durch Verwaltungshilfe Privater entstandenen Schäden, Diss. Regensburg 1972

3) Vgl. auch Ossenbühl DVBl 1974, 541; jetzt aber Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 1973

4) Vgl.Ossenbühl VVDStRL 29, S. 163 mwNw. in Fn. 112

5) Daß dies jedoch nicht nur auf die Verwaltungspraxis zutrifft, mag die Entscheidung des OVG Lüneburg OVGE 25, 345 f. verdeutlichen.

und, ohne dem juristischen Hintergrund genügend Rechnung zu tragen, [1] von der Möglichkeit des Einsatzes Privater Gebrauch macht.

Als beispielhaft hierfür kann der Bereich der gemeindlichen Einrichtungen mit Anschluß- und Benutzungszwang angesehen werden, dem hier das besondere Interesse gilt. Dieser Bereich der Verwaltung hat vor allem in jüngster Zeit, insbesondere hinsichtlich der kommunalen Schlachthöfe, an Aktualität gewonnen. Die kommunalen Schlachthöfe haben bis vor einiger Zeit noch gut floriert oder sich zumindest selbst getragen. Inzwischen hat sich dies - nicht unerheblich auch vor dem Hintergrund der EG - gründlich geändert.[2] Die Gemeinden stehen daher gerade jetzt in vermehrtem Maße vor der Wahl, diese Einrichtungen zu schließen [3], sie mit denen anderer Gemeinden zusammenzulegen [4] oder sie in private Hände zu geben [5]. Dabei wächst die Bereitschaft, die dritte Möglichkeit zu wählen. Grund dafür ist

---

1) Wobei eine gewisse Resignation hinsichtlich der angedeuteten Problematik auch nicht ganz unverständlich ist.

2) Vgl. Rogge, DemGem 1972, 550 ff.

3) So u.a. in Dortmund, Linnich und in Hamburg-Harburg (letzterer sollte ursprünglich privatisiert werden; die Hamburger Bürgerschaft hat jedoch einer Privatisierung nicht zugestimmt). Rheinland-Pfalz hat 1973 einen Schlachthofstrukturplan entwickelt, der eine Konzentration der Schlachthöfe vorsieht (vgl. SKV 1973, 389 ff.). Auch im Saarland sollen auf Vorschlag des Wirtschaftsministers einige Schlachthöfe geschlossen werden (vgl. SKV Nr. 10/1973).

4) So bestehen heute Gemeinschaftsschlachthöfe z.B. für die Städte Schwelm, Gevelsberg und Ennepetal sowie für Bochum und Herne. Selbst über Ländergrenzen hinweg gibt es derartige gemeinschaftliche Schlachthöfe, wie das Beispiel der Städte Ulm und Neu-Ulm zeigt.

5) So in Lübeck, Köln, Remscheid und Minden

vornehmlich der größere Handlungsspielraum gegenüber städtisch geführten Einrichtungen in der Betriebspolitik, was finanzielles Engagement und marktgerechte Entscheidungsfreiheit angeht [1]. Die sog. Privatisierung eines Schlachthofs führt dabei aber nicht etwa regelmäßig auch zur Aufhebung des Benutzungszwangs [2]. Dieser wird vielmehr weitgehend aufrechterhalten.

Die dabei auftretende juristische Problematik bleibt häufig unbewältigt. Auf sie soll an dieser Stelle das Augenmerk gerichtet werden.

Die vorliegende Untersuchung erhebt nicht den Anspruch, mit grundsätzlich neuen Theorien aufzuwar-

---

1) Vgl. SKV 1973, 30 (ohne Verfasserangabe); als Beispiel hierfür kann der ehemals städtische Schlachthof in Minden/Westfalen stehen: im Jahr 1966 wurde in Minden ein neuer kommunaler Schlachthof nach modernsten Erkenntnissen gebaut. 1970 wurde er noch als positives Musterbeispiel im EG-Sinne in Nordrhein-Westfalen herausgestellt. 1974 wurde der Schlachthof privatisiert. Obwohl es sich um einen strukturgerecht und rationell arbeitenden Schlachthof handelte, konnte er sich nicht mehr selbst tragen. Das ist wirtschaftlich gesehen kein natürlicher Vorgang. Hieran zeigt sich das Ergebnis staatlicher Subventionierungsmaßnahmen, die eine einseitige Begünstigung genossenschaftlicher Versandschlachtereien darstellen, die dem rein kommunalen Betrieb strikt und konsequent vorenthalten werden (vgl. Glatzel SVZ 1974, 65).

2) Das würde die Einrichtung für die meisten Privatunternehmer geradezu uninteressant und wertlos machen, da diese in der Regel den kommunalen Schlachthof nicht um der Volksgesundheit, sondern des Gewinns willen betreiben. So haben Lübeck, Köln und Minden den Benutzungszwang trotz Privatisierung beibehalten. Über Konzessionsverträge sichern sich die Gemeinden in unterschiedlichem Maße Einflußmöglichkeiten auf die privaten Trägergesellschaften.

ten. Da es zudem in der bisherigen Diskussion zu den Kernfragen dieses Themenkreises vielfach an Begründungen für die jeweils vertretene Meinung fehlt, erscheint es Aufgabe genug, diesen Ansichten auf den Grund zu gehen und sie kritisch weiterzuentwickeln.

Vornehmlich sieht man sich hierbei vor folgende Fragen gestellt: Welcher Rechtsnatur ist das Benutzungsverhältnis? Können Private überhaupt die mit einer öffentlichen Einrichtung verbundenen Aufgaben wahrnehmen und kann noch von einer "öffentlichen" Einrichtung gesprochen werden, wenn ein Privater deren Träger ist? Ist es zulässig, daß Private auch dann Träger öffentlicher Einrichtungen sind, wenn für diese ein Anschluß- und Benutzungszwang besteht? Weiterhin ist zu klären, welche Rechtsstellung der Private erhalten kann, falls man die vorhergehenden Fragen bejahen sollte.

Ausgeklammert bleiben die Fragen, welche Voraussetzungen für die Anordnung des Anschluß- und Benutzungszwangs vorliegen müssen. Es kann insoweit auf die einschlägigen Kommentare der Gemeindeordnungen verwiesen werden. Auch die mit der Einführung des Anschluß- und Benutzungszwangs verbundene grundrechtliche Problematik (Art. 2, 3, 12, 14 GG) bleibt außer Betracht, da es hierüber bereits eine Reihe von Untersuchungen gibt, auf die ebenfalls verwiesen werden kann.[1] Hier wird viel-

---

1) Vgl. Fritz, Anschluß- und Benutzungszwang und öffentliche Entschädigung im Rahmen des Gemeinderechts der westdeutschen Länder, Diss. Würzburg 1956; Scheidemantel, Der Anschluß- und Benutzungszwang für öffentliche Gemeindeeinrichtungen nach bayrischem Gemeinderecht, Diss. Nürnberg 1958; von Kornatzki, Anschluß- und Benutzungszwang zugunsten privater Unternehmer, Diss. Kiel 1958; Wietkamp, Probleme des Anschluß- und Benutzungszwangs unter besonderer Berücksichtigung des Bestattungswesens, Diss. Münster 1962; Söhn, Eigentumsrechtliche Probleme des gemeindlichen Anschluß- und Benutzungszwangs, Diss. München 1965

mehr unterstellt, daß der Anschluß- und Benutzungszwang für eine gemeindliche Einrichtung wirksam angeordnet worden ist.

§ 2 Begriff der öffentlichen Einrichtung

Der Begriff der öffentlichen Einrichtung ist in sämtlichen Gemeindeordnungen der Bundesländer enthalten [1], jedoch an keiner Stelle gesetzlich definiert. Offenbar wird er als bekannt vorausgesetzt [2]. Tatsächlich aber wird er keineswegs einheitlich verstanden. Vielmehr handelt es sich um einen relativ unklaren Begriff. Gönnenwein[3] beispielsweise bezeichnet ihn als "rechtlich beinahe farblos", hält ihn demnach für einen rechtlich kaum faßbaren Begriff. Durch eine Betrachtungsweise ohne historischen, verfassungsrechtlichen und sonst aktuellen Bezug wird nach Ansicht von Scholz [4] dem lebendigen Rechtsinstitut der öffentlichen Einrichtung nur noch der blasse Anstrich einer typindifferenten, beliebig austauschbaren Mechanik der Verwaltungsführung belassen [5].

Es gilt daher, den Begriff der öffentlichen Einrichtung kurz abzustecken, wobei auf eine er-

---

1) § 10 bwGO; Art. 21 bay GO; § 19 heGO; § 18 nwGO; § 2 ndsGO; § 12 rpGO; § 17 schlGO; § 18 saGO sowie auch § 19 bhStVerf in Nachfolge von § 17 DGO

2) So Hurst, HBdKW II S. 834

3) Gemeinderecht S. 473 f.

4) Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen, Berlin 1967

5) aaO. S. 14

schöpfende begriffssystematische und rechtsdogmatische Erörterung im Rahmen dieser Abhandlung verzichtet werden muß.

I. Historische Entwicklung

Ein kurzer historischer Rückblick [1] erscheint jedoch notwendig, um zum einen das eng gefaßte anstaltsrechtliche Verständnis des Einrichtungsbegriffs der überkommenen Meinung [2] zu erklären, zum anderen den Blick für eine korrigierende Lösung zu schärfen.

Der Begriff der "öffentlichen Einrichtung" selbst ist jüngeren Datums. Die so bezeichnete Rechtsinstitution findet ihre Ursprünge aber bereits im frühen Mittelalter (12. - 14. Jahrhundert), in dem sich materiell-"verwaltungs"rechtliche Zweckschöpfungen bildeten, die polizeiliche Aufsichtgewalt (Ordnungskompetenz) [3], allgemeine wohlfahrtspflegerische Aufgaben (Sozialkompetenz) [4] und wirtschaftsfördernde wie -teilhabende Kompetenzen der Gemeinde beinhalteten [5]. Sie mündeten in einer Vielfalt anstaltsähnlicher Initiativen [6].

---

1) Näheres hierzu bei von Kornatzki, S. 6 ff.; Scheidemantel, S. 3 ff.; Scholz, S. 43 ff.

2) Vgl. unten S. 8 f.

3) Schmoller, Städtewesen S. 339; Becker, Grundzüge S. 51 ff, 84 ff., 93; Steinbach, Grundlagen S. 53 ff.; Zum Beispiel Feuerschutzeinrichtungen, Nachtwachen

4) Vgl. Scholz, S. 58

5) Vgl. zum Ganzen Scholz, S. 58 mit weiteren Nachweisen

6) Vgl. Doms, S. 7 ff.; z. B. örtliche Märkte, gemeindeeigene Mühlen, Badehäuser usw.

Dieses kommunale "Anstalts"wesen bewegte sich auf der Rechtsebene der gemeindlichen Genossenschaft [1]. Damit wurde das statusrechtliche Teilhaberecht des Gemeindebürgers im frühen Mittelalter zum Begriffskriterien des gemeindlichen "Anstalts"-wesens. [2]

Erst die polizeistaatliche Ordnung des absolutistischen Staates bedingte die Auflösung dieser gemeindlichen Genossenschaftsverfassung vollends [3] und damit folglich der daraus resultierenden Status- und Teilhaberechte der Bürger. Der materielle Polizeibegriff wurde auf den gesamten Bereich der inneren Verwaltung ausgedehnt [4] und umfaßte damit selbst die positiv wohlfahrtsfördernden Aufgaben [5]. Für das gemeindliche Anstaltswesen war diese Entwicklung insofern von Bedeutung, als durch dieses weite polizeiliche Aufgabenfeld die meisten Anstalten zumindest teilweise "polizeilichen" Zwecken dienten und so als polizeiliche Anstalten fungierten [6].

Erst mit der Beschränkung des materiellen Polizeibegriffs [7] auf die Gefahrenabwehr verlor die

---

1) Vgl. hierzu Gönnenwein, S. 67; Scheidemantel, S. 3; Preuss, S. 40 ff.

2) Scholz, S. 59

3) Scheidemantel, S. 7

4) Drews-Wacke, Polizeirecht, S. 2 ff.; Schinkel, S. 318

5) Schinkel S. 321

6) Vgl. Scholz, S. 62 ff.

7) Durch das Kreuzbergurteil des PrOVG vom 14.6.1882 PrOVGE 9, 353 ff. begonnen

Polizei ihren Einfluß auf die meist sozialpflegerisch ausgerichteten Gemeindeanstalten [1]. Durch die polizeistaatliche Ära hatten jedoch die zuvor als homogene Einheit genossenschaftlicher Wohlfahrts- und Wirtschaftspflege verstandenen Aufgaben zum Teil öffentlich-rechtliche Verwaltungsqualität gewonnen [2], zum Teil verblieben sie im privatrechtlichen Bereich.

Diese Entwicklung bedingte den Abschied von einem feststehenden, bis dahin als einheitliches Rechtsinstitut verstandenen "Anstalts"begriffs [3].

II. Meinungsstand

1. Anstaltsrechtliches Verständnis

Angesichts dieser historischen Entwicklung des Einrichtungsbegriffs erscheint eine Definition unter Rückgriff auf anstaltsrechtliche Merkmale als durchaus folgerichtig. So beschreibt denn auch eine insbesondere in der Literatur verbreitete Meinung die öffentliche Einrichtung im Anschluß an den heute noch herrschenden, von Otto Mayer entwickelten Anstaltsbegriff [4], - teils ergänzt durch funktionelle

---

1) Vgl. auch Scheidemantel, S. 7

2) Stern AfK 1964, 81 f.

3) Jebens PrVBl 22, 230; vgl. auch die unterschiedlichen Umschreibungen der damaligen Gesetzgebung: "gemeindliche Anstalt", "Anstalten und Einrichtungen","Veranstaltungen". Nw. bei Scholz S. 68 Fn. 73 bis 75

4) Deutsches Verwaltungsrecht, S. 268: "Die öffentliche Anstalt ist ein Bestand von Mitteln, sächlichen wie persönlichen, welche in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung einem besonderen öffentlichen Zweck dauernd zu dienen bestimmt sind."

Akzente [1] - als anstaltsrechtliche Verwaltungseinheit [2].

Scholz [3] faßt den so bestimmten Einrichtungsbegriff dieser Meinung [4] in folgender Formel [5] zusammen: "Öffentliche Einrichtungen sind alle diejenigen organisatorisch in gewissem ("anstalts"-rechtlichem) Umfange verselbständigten Verwaltungsträger, die von der Gemeinde aufgrund spezifisch - leistungsrechtlicher Funktionsbestimmung und/oder aufgrund öffentlich-rechtlichen Widmungsakts unterhalten werden und der allgemeinen Benutzung durch die Gemeindeeinwohner freigegeben sind".

2. Der "offene" Einrichtungsbegriff

Überwiegend wird jedoch ein "offener" Einrichtungsbegriff vertreten [6].

---

1) Vgl. Scholz S. 32

2) Wolff AfK 1963, 157 ff. 168; ders. VerwR II § 98 II b 3; Gönnenwein, S.474, VGH Freiburg DVBl. 1955, 745; wNw. bei Scholz, S. 32 Fn. 80

3) S. 33; ihm folgend Nufer BaWüVBl 1969, 177

4) Scholz bezeichnet sie zu unrecht als herrschend.

5) So oder ähnlich Gönnenwein, S. 474; Göbel bwGO § 10 Erl. 5; Kunze-Schmid bwGO § 10 Erl. II 2; Masson bayGO Art. 21 Erl. 4

6) Vgl. OVG Münster OVGE 24, 179 = NJW 1969, 1077; OVG Münster RspE § 18 Nr. 36 S. 204 f.; OVG Münster DVBl 1971, 218; Bay VGH Bay VBl 1969, 102; HessVGH VerwRspr. 6, 89 ff., 90; Hurst HBdKW II S. 836; Knies BayVBl 1968, 230; Badura JUS 1966, 18; zu weit H. J. Schmidt DöV 1963, 217; OVG Lüneburg DVBl 1964, 366

a. Verzicht auf bestimmte Organisationsform

Im Unterschied zum anstaltsrechtlichen Verständnis des Einrichtungsbegriffs der herkömmlichen Meinung verzichtet diese Ansicht auf das organisationsrechtliche Merkmal der anstaltsrechtlichen Verwaltungseinheit. Vielmehr wird die Frage der Organisationsform offengelassen. Das geschieht allerdings in den seltensten Fällen unter ausdrücklicher Kritik des anstaltsrechtlichen Verständnisses [1]. Nur teilweise wird betont, daß der Einrichtungsbegriff nicht mit dem der Anstalt [2] identisch [3] und weiter als dieser aufzufassen ist [4].

b. Herausstellen der charakteristischen Merkmale

Der Einrichtungsbegriff wird von dieser Meinung unter deskriptiver Aufzählung der Charakteristika der öffentlichen Einrichtung definiert. Diese Definition kann auf folgende Formel gebracht werden: Eine öffentliche Einrichtung ist dann gegeben,"wenn die Gemeinde mit ihr (als Folge gesetzlicher Verpflichtung oder freiwillig) eine in ihren Wirkungskreis fallende Aufgabe (vgl. §§ 2, 18 Abs. 1 nwGO) erfüllt und demgemäß die Einrichtung den Gemeindeeinwohnern zur Benutzung zur Verfügung stellt"[5]. Dabei wird dieser Aufgabenbereich

1) So jedoch Scholz, S. 195 ff.

2) Hier ist der Anstaltsbegriff herkömmlicher Art gemeint

3) Hurst HBdKW II S. 834 f.; Badura JUS 1966, 19 Fn. 30; HessVGH VerwRspr. 6,90; OVG Lüneburg DVBl 1964, 366

4) Hess.VGH aaO.; Badura aaO.; Herbig, S. 14

5) So die ständige Rspr. des OVG Münster: OVGE 24, 179; RspE Nr. 36 zu § 18 S. 204 f.; DVBl 1971,218; abgesehen von kleineren Akzentverschiebungen auch: Bay VGH Bay VBl 1969, 102; Hess. VGH Verw Rspr. 6, 89 ff., 90;Hurst aaO. S. 836; Knies Bay VBl 1968, 230;Badura JUS 1966, 18; Knemeyer S. 10 ff. mwNw.

der Gemeinde zum Teil als deckungsgleich mit dem Begriff der Daseinsvorsorge gekennzeichnet [1].

Die Einrichtung muß den Gemeindeeinwohnern [2] durch Widmung [3], die auch formlos durch konkludente Handlung, zum Beispiel durch tatsächliche Indienststellung, erfolgen kann, zur allgemeinen Benutzung zur Verfügung gestellt werden [4]. Durch diesen

---

1) So Badura JUS 1966, 18; Pappermann DVBl 1971, 218; OVG Lüneburg DVBl 1964, 365 ff. 366

2) Beachtliche Kritik bezüglich dieses Merkmals wird u. a. vorgetragen von Nufer BaWüVBl 1969, 177 ff.; Schmidt DöV 1963, 217 ff.; Seeger, Die Verwaltungspraxis 1963, 265 ff. und Ossenbühl DVBl 1973, 289 (296). Danach sollen auch Nichtgemeindeeinwohner das Recht zur Benutzung öffentlicher Einrichtungen mit funktionaler Außenwirkung innerhalb deren Einzugsbereichs haben. Dieses Recht wird z. T. aus spezialgesetzlichen Berechtigungstatbeständen (vgl z.B. § 22 PBefG; § 64 GewO; § 28 Abs.2 SchulverwG NW) hergeleitet. Teilweise wird dieses Recht aus im öffentlichen Recht wurzelnden berechtigenden Absprachen zugunsten Dritter, die im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Mittel zur Förderung zentralörtlicher Versorgungseinrichtungen getroffen wurden oder aus der ständigen Praxis der Gemeinde gefolgert.

3) Ossenbühl aaO. S. 290 stellt die Notwendigkeit der Widmung für öffentliche Einrichtungen in Frage, die von der Gemeinde selbst betrieben werden. In Anlehnung an die Rechtsprechung des OVG Münster (NJW 1969, 1077; JZ 1969, 512) spricht seiner Ansicht nach eine Vermutung dafür, daß für die Allgemeinheit nutzbare kommunale Einrichtungen öffentliche Einrichtungen sind. Da Leistungseinrichtungen der Gemeinde stets dem Gemeinwohl zu dienen hätten, bedürfe vielmehr die Reklamation der Einrichtung für das kommunale Privatvermögen eines besonderen Ausdrucks.

4) h.M.; vgl. OVG Münster OVGE 24, 175, 179; OVG Münster DVBl 1971, 218; BayVGH BayVBl 1969, 102; Hurst HBdKW II S. 836; Knies BayVbl 1968, 230; Nufer aaO.; Badura aaO; Ossenbühl aaO. S. 290

Akt wird ein Zulassungsanspruch der Einwohner begründet [1], unabhängig davon, ob das Benutzungsverhältnis öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich geregelt ist [2]. Dabei muß die öffentliche Einrichtung nicht im Eigentum der Gemeinde stehen [3].

3. Das kombinierte Verständnis des Einrichtungsbegriffs von Scholz

Die spezifischen Eigenschaften des Einrichtungswesens werden von dieser Meinung jedoch ohne eine grundlegende begriffliche Ausdeutung der einzelnen Merkmale herausgearbeitet. Dies getan zu haben ist das Verdienst von Scholz [4], der den bisher einzigen gründlichen Versuch einer allgemeinen Wesens- und Standortbestimmung der öffentlichen Einrichtung im System der kommunalen Verwaltungsordnung unternommen hat.

Im Anschluß an eine Untersuchung der geltenden Rechtsgrundlagen der kommunalen Einrichtungsverwaltung [5], einer Auseinandersetzung mit dem historischen Werdegang [6] und der verfassungsrechtlichen

---

1) Das ist derart in den Gemeindeordnungen der Länder geregelt; vgl. z.B. § 18 nwGO; § 22 nds GO; Art. 21 bayGO; § 20 hessGO; so auch Knemeyer, S. 17

2) OVG Münster RspE § 18 Nr. 36 S. 204; VGH Freiburg DVBl 1955, 745; Hurst HBdKW II S. 840; ders. DVBl 1965, 524; Knies BayVBl 1968, 231; Badura JUS 1966, 18, 19; ders. Verwaltungsmonopol S. 270; von Jacobs, S. 39; W. Weber VersR 1952, 301

3) Vgl. amtliche Begründung zu § 18 DGO (Deutscher Reichsanzeiger 1935 Nr. 25 ff.); Hurst HBdKW II S. 837; Söhn, S. 5; Kniepmeyer-Richter S. 68; Ossenbühl aaO. S. 289

4) Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen, Berlin 1967

5) Vgl. insbesondere S. 139 ff.

6) S. 34 ff.

Ausleuchtung des Einrichtungswesens, insbesondere in Hinsicht auf das Grundverständnis der kommunalen Selbstverwaltung[1], gelangt Scholz zu folgender Definition der öffentlichen Einrichtung:"Die öffentliche Einrichtung ist nach alledem in kombinierter Tatbestandsumschreibung als traditionelle und typisch kommunale, statusrechtlich formierte[2], organisationsrechtlich nicht typfixierte Verwaltungseinheit zu definieren, die ihre öffentlichen Leistungen entweder

a) aufgrund einer freiwilligen und erkennbar hoheitlichen Entschließung der Gemeinde erbringt (formelles Leistungsverhältnis kraft idealtypischer Selbstverwaltung),

b) aufgrund einer spezialgesetzlich vorgegebenen Leistungspflicht der Gemeine erbringt (formelles Leistungsverhältnis kraft staatlicher Bestimmung) oder

c) aufgrund einer materiell-verfassungsrechtlichen Leistungspflicht der Gemeinde erbringt (materielles Leistungsverhältnis)"[3].

III. Stellungnahme

Den Begriff der öffentlichen Einrichtung als anstaltsrechtliche Verwaltungseinheit aufzufassen, stößt auf Bedenken. Zum einen spricht dagegen, daß in einigen Gesetzen, z. B. in der Landesverbandsordnung von Nordrhein-Westfalen[4], der Begriff der

---

1) Insbesondere S. 85 ff., 127 ff., 227 ff.

2) Vgl. S. 219 ff.; damit bezieht Scholz im Rückgriff auf die in der mittelalterlichen Genossenschaftsordnung ursprünglich gegebenen Teilhaberechte des Bürgers als statusrechtliche Komponente in den Einrichtungsbegriff ein.

3) Scholz, S. 244

4) § 5 Abs. 1 Ziff. a Satz 3 LVerbO NW

Einrichtung neben dem der Anstalt gebraucht wird, was darauf schließen läßt, daß zwischen den Anstalten und öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde eben doch ein Unterschied besteht [1]. Zum anderen ist es mißlich, den Begriff der öffentlichen Einrichtung mit dem noch nicht hinlänglich geklärten, "selbst noch ziemlich im Dunkeln" [2] liegenden Begriff der öffentlichen Anstalt zu definieren [3]. Die Ableitung des Einrichtungsbegriffs aus einem neuen Anstaltsverständnis, wie Herbig sie vornimmt [4], stößt unter anderem auf den von ihm selbst vorgebrachten Einwand, mit dem Anstaltsbegriff würden im wesentlichen falsche Verstellungen erweckt, dies umso mehr, als der Verwaltungsjurist damit sofort entsprechende Unterbegriffe wie Anstaltsgewalt, Anstaltsautonomie und besonderes Gewaltverhältnis verbinde [5]. Es ist daher insbesondere auch angesichts der angedeuteten begrifflichen Unklarheiten um den Anstaltsbegriff vorzuziehen, den Begriff der öffentlichen Einrichtung nicht auf eine bestimmte Organisationsform zu fixieren.

---

1) Ebenso Hurst, HBdKW II S. 833 f.; vgl. auch Knemeyer, S. 13, der den Begriff der Anstalt zur Kennzeichnung der Organisationsform einer öffentlichen Einrichtung verwendet.

2) So Scholz, S. 195

3) Vgl. zur Kritik des herkömmlichen Anstaltsverständnisses Kierstein, Probleme der Beziehungen zwischen den Muttergemeinwesen und den von ihnen errichteten rechtsfähigen Anstalten, Diss. Marburg 1967, S. 25 ff.; Köttgen VVDStRL 6, 105 ff.; Brohm, S. 168 ff.; Rüfner, S. 119 ff., 251; Jecht, Anstalt S. 71; Herbig, S. 15 ff., der die öffentliche Einrichtung allerdings nach dem von ihm dort entwickelten, relativierten neueren Anstaltsbegriff definiert (S. 20)

4) S. 13 ff., 20

5) S. 14

Unleugbar ist eine Tendenz vorhanden, immer mehr für die Gemeinschaft bedeutsame Aufgaben als solche der Daseinsvorsorge zu deklarieren und in staatliche Hände zu legen [1], sei es, daß die Allgemeinheit die Initiative des Staates verlangt, sei es, daß der Staat die Aufgaben von sich aus an sich zieht. Eine gesteigerte soziale Abhängigkeit des einzelnen von den öffentlichen Einrichtungen ist die konsequente Folge dieser Entwicklung [2]. Aus diesem Grunde kann man sich daher durchaus der Definition von Scholz [3] anschließen, die letztlich eine aus der begriffssystematischen Betrachtungsweise resultierende Fortschreibung des überwiegenden Einrichtungsverständnisses darstellt, die aber - was bedeutsam ist - konsequent um eine statusrechtliche Komponente erweitert wird [4].

Unter den so definierten Begriff der öffentlichen Einrichtung fallen insbesondere die ausdrücklich in § 19 nwGO [5] aufgeführten Einrichtungen, für die Anschluß- und Benutzungszwang angeordnet werden kann.

---

1) Vgl. auch Häberle VVDStRL 30, 57 ff.

2) Vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO § 40 Rdn. 52; Scholz, S. 243; Schneider NJW 1962, 705 (706); Martens Festschrift für H.J. Wolff, S. 429 ff., 431: "Staatliche Daseinsvorsorge ist damit unentrinnbar geworden; Verteilung und Vorenthaltung öffentlicher Leistungen erscheinen als Emanationen staatlicher Macht, denen gegenüber sich Polizeiverfügung und Steuerbescheid bescheiden ausnehmen".

3) s.o. S. 13 f.

4) Vgl. auch Eyermann-Fröhler, VwGO § 40 Rdn. 52; Badura JUS 1966, 19 Fn. 32; Zuhorn-Hoppe, Gemeindeverfassung S. 92; Kunze-Schmid bwGO § 10 Erl. II c; bzgl. spezieller Rechtszwecke BVerwGE 18, 40; OVG Münster DVBl 1961, 525; Forsthoff VVDStRL 12, 20; vgl. zum gesamten Komplex des status positivus Wolfgang Martens VVDStRL 30, 7 ff. und Häberle VVDStRL 30, 43 ff.

5) Gleiches gilt für die entsprechenden, den Anschluß- und Benutzungszwang ermöglichenden Normen der übrigen Gemeindeordnungen der Bundesländer

§ 3 Rechtliche Natur des Benutzungsverhältnisses bei öffentlichen Einrichtungen mit Anschluß- und Benutzungszwang

I. Rechtliche Natur des Benutzungsverhältnisses bei öffentlichen Einrichtungen

In der Praxis finden wir heute sowohl öffentliche Einrichtungen mit privatrechtlichem als auch solche mit öffentlich-rechtlichem Benutzungsverhältnis [1] vor. Ob diese rechtliche Ausgestaltung in das Belieben der Gemeinde gestellt ist und/oder aufgrund welcher Normen sie erfolgt, ist mitentscheidend für die Beantwortung der Frage, ob Privatrechtssubjekte Träger gemeindlicher Einrichtungen sein können. Ist das Benutzungsverhältnis privatrechtlich ausgestaltet, unterliegen die Beziehungen zu den Benutzern grundsätzlich den Normen des Privatrechts [2]. In diesem Fall ist die Übertragung der öffentlichen Einrichtung auf einen privaten Unternehmer an keine besonders strengen Voraussetzungen gebunden. Die Gemeinde muß durch vertragliche Vereinbarung mit dem Privaten lediglich die Zulassung aller Gemeindeeinwohner zu der öffentlichen Einrichtung sicherstellen [3]. Wird dagegen das Benutzungsverhältnis öffentlich-rechtlich ausgestaltet und werden damit zwischen dem Träger der öffentlichen Einrichtung und dem Benutzer öffentlich-rechtliche Beziehungen geschaffen, erscheint eine Übertragung

---

1) Der Begriff Leistungsverhältnis wird synonym gebraucht.

2) Vgl. aber Menger-Erichsen VerwArch 61 (1970), 381; Püttner, Unternehmen S. 135 f.

3) Vgl. oben S. 11f.

der öffentlichen Einrichtung auf Private ungleich problematischer. Es ergibt sich die Frage, ob für diesen Fall öffentlich-rechtliche Befugnisse auf das Privatrechtssubjekt übertragen werden müssen und ggf. unter welchen Voraussetzungen dies zulässig ist. Mit der Rechtsnatur des Benutzungsverhältnisses sind unter anderem Fragen des Grundrechtsschutzes, des Rechtsweges und der Haftung verbunden, die bei der Übertragung an Private Beachtung finden müssen.

1. Organisationsgewalt der Gemeinde

Es stellt sich zunächst die Frage, wie das Benutzungsverhältnis einer öffentlichen Einrichtung ausgestaltet werden muß.

Die rechtliche Bestimmung der Rechtsform und die rechtliche Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses einer öffentlichen Einrichtung der Gemeinde berührt die Frage der gemeindlichen Organisationsgewalt. Der Begriff der Organisationsgewalt ist zwar nicht unumstritten [1]. Er kann jedoch allgemein "als die Befugnis zur Schaffung, Veränderung, Zusammenordnung, Bestimmung von Aufgaben und (evtl.) der inneren Gliederung und Geschäftsregelung öffentlicher Funktionsträger bzw. Handlungseinheiten auf dem Boden der in der Verfassung selbst getroffenen Grundorganisation "[2] gesehen werden.

Art. 28 Abs. 2 GG gewährleistet den Gemeinden, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rah-

---

1) Vgl. Köttgen VVDStRL 16, 154 ff.; Ermacora VVDStRL 16, 191 ff.; Spanner DÖV 1957, 640 ff.; Böckenförde, Organisationsgewalt S. 21 ff.

2) So Böckenförde, Organisationsgewalt S. 38; vgl. auch Wolff, VerwR II § 78 I a; Ermacora VVDStRL 16, 231, 233; enger Köttgen VVDStRL 16, 171

men der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln [1]. Die Organisationsgewalt der Gemeinde ist demgemäß als Bestandteil der durch Art. 28 Abs. 2 GG garantierten kommunalen Selbstverwaltung anzusehen [2].

2. Organisationsfreiheit der Gemeinden

Grundsätzlich wird zwischen der Wahl der Rechtsform der öffentlichen Einrichtung und der Wahl der Rechtsnatur des Benutzungsverhältnisses unterschieden. Nach herkömmlicher und herrschender Meinung steht es den Gemeinden im Rahmen der sog. Leistungsverwaltung aufgrund ihrer Organisationsgewalt grundsätzlich frei, gemeindliche Einrichtungen privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich zu organisieren [3].

Von der Wahl der Rechtsform der Einrichtung ist die rechtliche Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses zu unterscheiden. Hat sich die Gemeinde für die privatrechtliche Rechtsform entschieden, so kann das Benutzungsverhältnis nur privatrechtlich organisiert werden. Da hier jedoch spezifische Aufgaben eines Trägers öffentlicher Verwaltung im Rahmen des Privatrechts erfüllt werden, gilt Verwaltungsprivatrecht, d. h., dem Träger öffentlicher Verwaltung wird nicht die volle Privatautonomie

---

1) Hesse, Grundzüge § 12 V 2

2) vgl. auch die entsprechenden Vorschriften der Landesverfassungen (z.B. Art. 78 LVerf NW); wie hier: Ossenbühl VVDStRL 29,174; Köttgen VVDStRL 16, 190, 268; Stern, BK Art. 28 Rdn. 102; Schneider NJW 1962, 706; Scholz, S. 92 mwNw.

3) z.B. als GmbH oder AG oder auf der anderen Seite in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft; h.M.: u.a. Wolff, VerwR I § 23 II b; ders. VerwR II § 98 III h; Siebert, S. 220 ff.; Forsthoff, VerwR. S. 382; Menger-Erichsen VerwArch 61 (1970), 381; H.H. Klein S. 145; Püttner, Unternehmen S. 125; Martens, Festschrift H. J. Wolff S. 443; Gröttrup S. 100 ff. (102); BVerwGE 13, 54; Ossenbühl DVBl 1974, 541

zugebilligt. Er unterliegt vielmehr etlichen öffentlich-rechtlichen Bindungen.[1)]

Tritt dagegen der Träger öffentlicher Verwaltung in öffentlich-rechtlicher Organisationsform auf, so ist das allein noch kein Kriterium für die Rechtsnatur des Benutzungsverhältnisses. Die Gemeinde hat vielmehr im Rahmen ihrer Organisationsgewalt grundsätzlich auch dann die Freiheit, das Verhältnis zu den Benutzern ihrer Einrichtungen öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich zu gestalten.[2)]

Diese Grundsätze sind neuerdings im Schrifttum auf erhebliche Kritik gestoßen[3)], die nicht allein mit der Befürchtung um eine "Flucht ins Privatrecht" und der damit verbundenen Problematik zu umreißen ist.[4)] Vielmehr werden grundsätzlichere Bedenken geäußert.

So sei der Grundsatz der rechtsstaatlichen Gewaltenteilung tangiert. Es sei längst bekannt, daß der Trend zur Auflösung der rechtsstaatlichen Formtypik

---

1) Vgl. Wolff, VerwR I § 23 II b; Siebert, S.222; Forsthoff, VerwR S.382; Martens aaO. S.443 f.; BGHZ 29, 76, 80 f.; 33, 230, 233; Erichsen, Staatsrecht I S.88 ff., 95 mwNw.

2) Wolff AfK 1963, 169; Schneider NJW 1962, 705 ff.; vgl. auch oben S. 18 Anm.3

3) Vgl. Burmeister WiR 1972, 311 ff., der diese jedoch letztlich nur auf die Wahl der Rechtsform bezieht (343); Pestalozza, Formenmißbrauch des Staates, 1973, S.166 ff.; ders. DöV 1974, 188 ff.; Leisner, Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, 1970 ,S.71 ff.

4) Diese hat insbesondere zur Entwicklung des sog. Verwaltungsprivatrechts geführt.

hoheitlicher Funktionswahrnehmung, der in der Hauptsache in den expandierenden Bereichen staatlich-bürgerlicher Verpflechtungen und wechselseitiger Überlagerungen zu verzeichnen sei, die Verwaltung in unmittelbare Nähe zum wirtschaftslenkenden Gesetzgeber gerückt habe. Dadurch sei die qualitative Abschichtung von verwaltender und rechtssetzender Tätigkeit ins Nebulose entwichen[1]. Des weiteren werden Beeinträchtigungen eines effektiven Rechtsschutzes gegenüber Äußerungen der öffentlichen Gewalt befürchtet[2]. Die gravierendsten Bedenken gegen die allgemein anerkannte Befugnis der öffentlichen Hand, im Bereich der sog. Leistungsverwaltung zwischen den Handlungsformen des öffentlichen und privaten Rechts zu wählen, ergeben sich nach Meinung von Burmeister aus der durch die zunehmende Verwischung der beiden Rechtskomplexe eingetretenen Einebnung des staatlich-bürgerlichen Funktionsdualismus.[3] In eben diesem Sinne sind wohl auch die Einwände von Pestalozza zu verstehen. Er macht geltend, der Staat werde, so man ihm die Wahlfreiheit zugesteht, unzulässigerweise Herr über den Geltungsbereich der beiden kollidierenden Rechtskreise[4]. Darüberhinaus kritisiert Pestalozza das Mißverhältnis zwischen dem Zugeständnis der Wahlfreiheit und dem Mißbrauchsvorwurf der herkömmlichen Lehre. Die Wahl könne daher so frei nicht sein,

---

1) Burmeister aaO. S. 329
2) Burmeister aaO. S. 333 ff.
3) aaO. S. 339 ff.
4) Formenmißbrauch S. 171 f., und DÖV 1974, 188 ff. (191)

wenn sie so regelmäßig als mißbräuchlich verurteilt werde.[1)]

Bestechend durch ihre Einfachheit und Klarheit - eine insgesamt verführerische Perspektive also - ist die Konsequenz, die Pestalozza aus seinen Erwägungen für die Abschichtung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht zieht: Öffentliches Recht ist zu definieren "als das Amtsrecht des Staates, dasjenige Recht also, das dem Staat zugeordnet ist und für sämtliche seiner Verhaltensweisen gilt".[2)] Das wäre gewiß das Ende der "Wahlfreiheit"[3)].

Eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit diesen kritischen Ansätzen würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen. Es sei jedoch die Anmerkung erlaubt, daß es sowohl verfehlt ist, von einer Wahl-"freiheit" im Sinne von Willkür als auch von einer totalen Beschränkung auf öffentlich-rechtliche Rechts- und Handlungsformen zu sprechen. Solange keine entsprechenden öffentlich-rechtlichen Normen zur Verfügung stehen, kommt insbesondere die moderne Leistungsverwaltung ohne die Verwendung eindeutig zivilrechtlicher Formen und Institute nicht aus[4)]. Zumindest bezüglich der Handlungsformen

---

1) Pestalozza, Formenmißbrauch S. 168

2) Formenmißbrauch S. 174; ähnlich in DÖV 1974, 188 (190); vgl. auch Herbert Krüger, Staatslehre S. 323; theoretisch angestellt, aber verworfen haben diese Möglichkeit: Martens, Öffentlich S. 93 ("Radikalkur"); Menger-Erichsen VerwArch 59 (1968), 366 (378); Püttner, Unternehmen S. 128 f.

3) so auch Pestalozza, DÖV 1974, 193

4) So Martens, Öffentlich S. 93; vgl. auch Püttner, Unternehmen S. 125; Rüfner, Formen S. 348 f.

lassen sich auch die Kritiker der sog. Wahlfreiheit ein Hintertürchen für das Ausweichen auf das Privatrecht offen [1], wohlweislich in der Erkenntnis, daß jede andere Lösung kaum mit der deutschen Rechtstradition [2], der gegenwärtigen Praxis [3] und insbesondere deren Bedürfnissen zu vereinbaren ist.

Mit diesen knappen Hinweisen mag es sein Bewenden haben. In Anknüpfung an die obige Bemerkung kann festgehalten werden, daß "Wahlfreiheit" zumindest nicht willkürlich ausgeübt werden darf [4].

---

1) vgl. Burmeister aaO. S. 343; Pestalozza DÖV 1974, 188 ff, der die privatrechtliche Gestaltung als subsidiär zuläßt (191). Er will in Konsequenz dessen den Gesetzgeber als den Herrn über Normbestand und Normgeltung und damit über Ausdehnung und Inhalt des öffentlichen Rechts in Anspruch nehmen: die Anknüpfung an den Staat als Akteur bei der Unterscheidung der Rechtsmaterien unterstelle dem Gesetzgeber eine sachgemäße, d. h. den Eigenarten des Staates angepaßte Normentscheidung. Wo diese Erwartungen enttäuscht würden, möge die Anknüpfung auf den Gesetzgeber einen gewissen Sachzwang zur Norm-Reform ausüben. Wenn öffentliches Recht zwingend auf den Staat anzuwenden sei, werde er sich wenigstens de lege ferenda um sachgerechte Ausgestaltung bemühen.

2) vgl. dazu H.H. Klein, Teilnahme S. 119 ff.

3) Ebenso Martens, Öffentlich S. 93; Püttner aaO. S. 128 ff., der darauf hinweist, auch das GG gehe in einzelnen Vorschriften davon aus, daß der Staat privatrechtlich tätig wird.

4) Vgl. auch Martens, Festschrift für H.J. Wolff, S. 443, der der Verwaltung das Wahlrecht zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Aufgabenerfüllung "innerhalb gewisser Grenzen" zubilligt.

3. Zulässigkeit der Einschränkung der gemeindlichen Organisationsgewalt

Die Zulässigkeit einer Einschränkung der gemeindlichen Organisationsfreiheit ergibt sich aber auch schon per definitionem aus dem oben dargelegten Begriff der Organisationsgewalt.[1] Danach beschränkt sich die Befugnis auf den durch die verfassungsrechtliche Grundorganisation gezogenen Rahmen. Demgemäß kann sich die Organisationsgewalt nur innerhalb der durch Gesetz und grundlegende Rechtsprinzipien unserer verfassungsrechtlichen Grundordnung gezogenen Grenzen entfalten. Infolgedessen wird die gemeindliche Organisationsfreiheit bei der Errichtung öffentlicher Einrichtungen unter anderem auch durch die unbestreitbar unsere Rechtsordnung beherrschende Dichotomie von öffentlichem und privatem Recht [2] eingeschränkt; mit anderen Worten: Wird innerhalb des Benutzungsverhältnisses der gemeindlich geschaffenen öffentlichen Einrichtung hoheitliche Gewalt[3] ausgeübt, so ist das Benutzungsverhältnis auch zwingend öffentlich rechtlich auszugestalten.

Die Organisationsfreiheit der Gemeinde ist also dann notwendigerweise eingeschränkt, wenn die öffentliche Einrichtung nur mit hoheitlichen Mitteln

---

1) Siehe oben S. 17

2) Vgl. Martens, Öffentlich S. 92 mwNw in Fn. 73; Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968, plädiert für die Preisgabe der Zweiteilung zugunsten eines differenzierten Gemeinrechts, S. 81 ff.

3) Vgl. zur Terminologie unten S. 36

betrieben werden kann. [1] Ob das bei öffentlichen Einrichtungen mit Anschluß- und Benutzungszwang stets der Fall ist, ist umstritten [2] [3] und soll im folgenden untersucht werden.

---

1) Ähnlich Bartlsperger DVBl 1973, 468

2) Für die Möglichkeit das Benutzungsverhältnis auch bei Anschluß- und Benutzungszwang privatrechtlich zu regeln: Wolff AfK 1963, 173; Haueisen DVBl 1961, 838; Forsthoff, VerwR S. 361; Siebert S. 231 f.; Scholz, S. 24; Hurst HBdKW II S. 839 f.; Holtzmann DÖV 1964, 86; Göbel bwGO § 11 Erl. 2; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S. 161; Gönnenwein, S. 516; Schuster-Diehl rpGO § 27 Anm. 4; Suren-Loschelder, DGO § 18 Erl. 5, zit. bei Scholz, S. 24 in Fn. 35; Kunze-Schmid bwGO § 11 Erl. I 2a ; OVG Lüneburg OVGE 25, 345 ff; soweit diese Ansichten nicht nur apodiktisch gefaßt sind, sondern näher begründet werden, wird unten darauf eingegangen werden S. 44 ff.

3) Für eine ausschließlich öffentlich-rechtliche Regelung: Reuß, Wirtschaftsverfassung S. 92; ders. Staatsbürger II S. 280, Brohm, S. 200; Köttgen, Daseinsvorsorge S. 60 ff., 82; Masson bayGO Art. 24 Anm. 5; Zuhorn-Hoppe, S. 147; Wietkamp, S. 32 ff.; Kratzer DVBl 1961, 604 Buhlmann KStZ 1958, 211; Stiefken, Städtebund 1968, 28; Haupt, Staats- und Selbstverwaltung 1938, 265, zit. bei Kniepmeyer-Richter, S. 68; Muntzke-Schlempp , heGO S. 398; Landmann-Giers-Proksch, S. 87; Webinger, VerwR S. 142; Helmreich-Widtmann bayGO Art. 24 Anm. 3; Stern-Püttner, S. 82; Eyermann-Fröhler, VwGO §4o Rdn. 51 f.; Bachof DÖV 1953, 417 ff. (423); Eberth BayVBl 1959, 188; Kerrl-Weidemann § 18 DGO Erl. 5; Zeitler-Bitter-von Derschau, DGO S. 95; Fleiner; S. 335 Fn. 52; Gröttrupp S. 102. PrOVG OVGE 62, 241; 87, 495; BayVGH VerwRspr. 11, 984 f.; LVG Düsseldorf KStZ 1959, 175; VGH Freiburg DVBl 1953, 636 f.; BayVGH BayVBl 1955, 59; nicht ganz klar Menger VerwArch 64 (1973), 307

II. Begriff des Anschluß- und Benutzungszwangs

Das setzt jedoch die Klärung dessen voraus, was unter Anschluß- und Benutzungszwang zu verstehen ist. Außerdem lassen sich ausgehend vom Begriff des Anschluß- und Benutzungszwangs [1] bestimmte Rückschlüsse auf die rechtlichen Mittel der Aufgabenerfüllung und die Art der Aufgaben ziehen.

1. Anschlußzwang

Zunächst läßt sich feststellen, daß "Anschluß- und Benutzungszwang" nicht als einheitliches Rechtsinstitut bezeichnet werden kann, denn ebenso wie die Anordnung von Anschlußzwang ohne Benutzungszwang[2] ist die Anordnung von Benutzungszwang ohne Anschlußzwang [3] denkbar.

Nach dem Sprachgebrauch der DGO [4] ist Anschlußzwang begrifflich eine öffentlich-rechtliche Zwangsmaßnahme, kraft derer jeder Verpflichtete alle diejenigen Vorrichtungen treffen muß, die ihm die jederzeitige Benutzung einer öffentlichen Einrichtung ermöglichen [5]. Der Anschlußzwang erschöpft sich zumeist in einem einmaligen Tun oder Gewährenlassen des Verpflichteten [6].

---

1) Hierzu eingehender: Scheidemantel, S. 9 ff.; von Kornatzki, S. 3 ff.

2) So wird häufig Anschlußzwang an die Wasserversorgung ohne Benutzungszwang angeordnet.

3) Beispielsweise beim Schlachthofzwang; vgl. auch Knemeyer, S. 23

4) Vgl. Ziff. 2 AusfAnw zu § 18 DGO

5) Diese Definition ist so oder ähnlich von der h.M. übernommen worden; vgl. Wietkamp, S. 6 mwNw.

6) z.B. im Anschluß der Kanalisationsrohre an das Haus eines Gemeindeeinwohners

2. Benutzungszwang

Nach Ziff. 2 AusfAnw. zu § 18 DGO verpflichtet der Benutzungszwang den Einwohner zur Benutzung der öffentlichen Einrichtung und verbietet ihm zugleich die Benutzung anderer Einrichtungen, die in ähnlicher Weise der Bedürfnisbefriedigung dienen können [1]. Im Gegensatz zum Anschlußzwang verpflichtet der Benutzungszwang zumeist zu wiederholter Vornahme von Handlungen [2].

III. Betreiben einer öffentlichen Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang als staatliche Aufgabe

Für die Frage nach der Rechtsnatur des Benutzungsverhältnisses bei öffentlichen Einrichtungen mit Anschluß- und Benutzungszwang kann als Vorfrage möglicherweise interessant werden, um welche Art von Aufgaben es sich bei Betreiben dieser Einrichtungen handelt. Denn für die Erfüllung nichtstaatlicher Aufgaben durch den Staat ist der Einsatz hoheitlicher Mittel nicht denkbar. "Der Mangel an jeder Art von einvernehmlicher Definition der öffentlichen Aufgaben" bedingt, "daß der öffentliche Dienst in seinen Randzonen immer unschärfer zu erfassen, es also vielfach bloßer Zufall ist, ob eine 'Aufgabe' unmittelbar vom öffentlichen Dienst wahrgenommen oder 'nur' durch die öffentliche Hand finanziert wird". [3]

---

1) Vgl. auch die fast wörtlich übernommene Formulierung der 2. VwVO Ziff. 1 zu § 19 nwGO, zit. bei Kottenberg-Rehn vor Erl. I zu § 19 nwGO; näher hierzu Teufel, S. 4

2) Vgl. Teufel, S. 4 f., Scheidemantel, S. 9 ff.; von Kornatzki, S. 3 ff.

3) Ellwein DÖV 1972, 14 vgl. auch die Kritik von Martens, Öffentlich S. 117

1. Öffentliche und staatliche (Verwaltungs-) Aufgaben

Im jüngeren Schrifttum haben sich allerdings eine Reihe von Autoren [1] dieses Problems angenommen und versucht, eine klare begriffliche Trennung zwischen "öffentlichen" und "staatlichen" (Verwaltungs-)[2] Aufgaben herauszukristallisieren[3].

a. "Öffentliche" Aufgaben

Als "öffentlich" können diejenigen Aufgaben bezeichnet werden, "an deren Wahrnehmung ein (wirkliches oder vermeintliches) Interesse der Öffentlichkeit besteht oder angenommen wird".[4] Für welche Aufgaben ein öffentliches Interesse besteht, kann nicht abschließend beantwortet werden, worauf Martens zutreffend hinweist, da die Angelegenheiten öffentlichen Interesses "so vielgestaltig wie die gesellschaftlichen Bedürfnisse" sind und sich mit ihnen wandeln. [5] Eine endgültig verbindliche juristische Definition des Begriffs der öffentlichen Aufgabe läßt sich daher nicht finden. Es

---

1) u.a. Peters, Festschrift für Nipperdey II, S. 877; H.H. Klein DÖV 1965, 755; Brohm, S. 155 ff.; Martens, Öffentlich S. 123 ff.; Steiner DÖV 1970, 528; Bull, Staatsaufgaben S. 47 ff.

2) Die Begriffe "staatliche" Aufgabe und "Verwaltungsaufgabe" werden synonym gebraucht.

3) Vgl. H.H. Klein aaO.; Martens aaO. S. 118 ff., 124; Peters aaO.

4) So Martens, Öffentlich S. 117; vgl. auch Ipsen, Subventionierung S. 65; Peters, Festschrift für Nipperdey II S. 878; enger Michaelis S. 27, der als öffentliche Aufgaben nur solche bezeichnet, deren Erfüllung lebensnotwendig sind; so auch Leisner, Werbefernsehen S. 25 f.

5) Martens, Öffentlich S. 117

handelt sich hierbei vielmehr um einen "normativen Begriff, der sich erst einem wertendem Urteil erschließt." [1]

Kennzeichnend für den Begriff der öffentlichen Aufgabe ist jedoch, daß dieser sich nicht notwendig auf den Staat oder einen sonstigen Träger öffentlicher Verwaltung bezieht, sondern daß diese Aufgaben ebensogut von Privaten erfüllt werden können [2].

b. "Staatliche" Aufgaben

An dem Charakter der Aufgabe als"öffentlicher" ändert sich nichts, wenn der Staat sich ihrer annimmt; denn der Staat kann auch mit nichtstaatlichen Mitteln arbeiten.

Das Wesen der "staatlichen" Aufgaben könnte sich jedoch aus den sog. originären Staatsaufgaben herleiten lassen. Zu den originiären Staatsaufgaben zählen nach n.M. das Monopol unwiderstehlicher Gewalt [3], die Rechtsetzung [4] und die Gerichtsbarkeit. [5][6]

---

1) Martens, Öffentlich S. 117; ähnlich Ossenbühl VVDStRL 29, 152 Fn. 237, der darauf hinweist, daß sich eine solche Bewertung durch das eingebrachte Staats(vor)verständnis des jeweiligen Beurteilers relativiert.

2) Ebenso Peters, Festschrift für Nipperdey II, S.878 f.; Martens, Öffentlich S. 118; H.H. Klein DÖV 1965, 758, der darin ihr wesentliches Kennzeichen sieht.

3) Vgl. Badura, Verwaltungsmonopol S. 93; Herbert Krüger, Staatslehre S. 768; Leisner, Werbefernsehen S. 16 f.; Schick DÖV 1962, 931 f.

4) Bedenken können hier angesichts der Tarifautonomie privater Verbände im Arbeitsrecht und der allgemeinen Geschäftsbedingungen von Monopolbetrieben oder gesamter Industriebranchen entstehen; vgl. zum Ganzen M. Wolf JZ 1973, 229 ff.

5) Zweifelhaft ist hier die Einordnung der Schiedsgerichtsbarkeit

6) Weitere Nachweise angeblich originärer Staatsaufgaben bei Krautzberger, S. 50

Ein solcher Kernbereich von originären Staatsaufgaben wird zwar allgemein anerkannt,[1] doch für eine Vielzahl von Aufgaben ist eine Abgrenzung äußerst schwierig. Eine Definition der "staatlichen" Aufgaben von den originären Staatsaufgaben ausgehend bleibt daher jedenfalls unbefriedigend.

Das jüngere Schrifttum löst sich deshalb zu Recht von diesem theoretischen Ansatzpunkt und betrachtet als "staatliche" Aufgaben diejenigen Angelegenheiten, "die und soweit sie dem Staat zu eigener Erledigung im jeweils geltenden Recht übertragen worden sind."[2] Diese Definition bedarf jedoch ausgehend vom demokratischen Prinzip der Korrektur. Im demokratischen Verfassungsstaat regelt "grundlegend die Verfassung in einem System von Zuständigkeits-, Verfahrens- und Verhaltensnormen"[3], welche Interessen als "Staatsinteressen" zu verfolgen sind, wobei der Gesetzgeber sie im einzelnen in den durch die Verfassung gezogenen Grenzen bestimmt.[4]

---

1) Vgl. die Diskussionsbeiträge auf der Staatsrechtslehrertagung 1970 in Speyer von Scheuner (S. 249) und Götz (S. 261) in VVDStRL Heft 29; Bethge, Staatlich gebundene Berufe, Diss.jur. Köln 1968, S. 135 ff.; Leisner, Werbefernsehen S. 14 ff.; so auch Ossenbühl DVBl 1974, 542, der von staatsnotwendigen Aufgaben spricht.

2) So H.H. Klein DöV 1965, 758; ähnlich Peters, Festschrift für Nipperdey II,S. 879 ff.; Martens, Öffentlich S. 131, 185; Steiner DöV 1970, 529; Dagtoglou DöV 1970, 534; Ossenbühl DVBl 1974, 542

3) So Martens, Öffentlich S. 185

4) Martens aaO. S. 131, 185; ähnlich Krautzberger, S. 77; Peters, Festschrift für Nipperdey II, S. 880; H.H. Klein DöV 1965, 758; Brohm, S. 157; Ossenbühl VVDStRL 29, 153 mwNw.

c. "Kommunale" Aufgaben

Neben dem Begriffspaar öffentliche und staatliche Aufgaben wird auf gemeindlicher Ebene von kommunalen Aufgaben gesprochen. Da das Betreiben einer gemeindlichen Einrichtung in den kommunalen Aufgabenbereich fällt, bleibt zu klären, ob die kommunalen Aufgaben neben den öffentlichen und staatlichen Aufgaben eine dritte Kategorie bilden oder einer dieser beiden Aufgabenarten zuzuordnen sind.

Auffällig ist, daß die kommunalrechtliche Literatur von einem Gegensatz zwischen kommunalen und staatlichen Aufgaben ausgeht und sich um eine Abgrenzung dieser Aufgabenbereiche bemüht [1]. Dieser dort beschriebene Gegensatz läßt sich von dem Ausgangspunkt der Unterscheidung her erklären. Während hier die Fragestellung lautet, was staatliche Aufgaben an sich sind, geht es in der kommunalrechtlichen Diskussion um Kompetenzfragen.[2] Es handelt sich demnach um nicht vergleichbare Definitionen der staatlichen Aufgaben auf unterschiedlichen Ebenen. Betrachtet man die kommunalen Aufgaben unter dem hier dargelegten Aspekt der staatlichen Aufgaben [3], so ist deren Identität festzustellen. Die Gemeinde ist die "Grundlage des demokratischen Staatsaufbaus" [4], gewissermaßen kleinste staatliche Zelle. Sie ist, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, in ihrem Gebiet der "ausschließliche und eigen-

---

1) Vgl. statt vieler Pagenkopf, S. 146 ff.; von Unruh, S. 99

2) Es geht vornehmlich darum, inwieweit die Gemeinde örtlich und sachlich eigenzuständig ist oder nicht, vgl. näher Pagenkopf aaO.; von Unruh aaO.; Kottenberg-Rehn nwGO § 2 Erl. I

3) vgl. oben S. 28 ff.

4) So § 1 Abs. 1 S. 1 nwGO

verantwortliche Träger der öffentlichen Verwaltung"[1] und gehört damit, organisatorisches Glied des jeweiligen Landes, zur unmittelbaren Staatsverwaltung.[2] Die von ihr in dieser Eigenschaft wahrzunehmenden, durch die Gemeindeordnungen zugedachten oder andere Gesetze auferlegten Aufgaben sind kommunale Aufgaben. Im Grundsatz verfolgt die kommunale Selbstverwaltung die gleichen Ziele wie die gesamte staatliche Verwaltung, "die darauf ausgerichtet ist, mit ihrer Aufgabenerfüllung das Gemeinwohl nach den Prinzipien des sozialen Rechtsstaates zu verwirklichen"[3]. Staat und Gemeinde haben lediglich verschiedene Aufgabenfelder. Ihre Aufgaben sind grundsätzlich wesensgleich.[4]

2. Der Charakter der durch die öffentlichen Einrichtungen mit Anschluß-und Benutzungszwang zu erfüllenden Aufgaben

Die durch öffentliche Einrichtungen mit Anschluß- und Benutzungszwang wahrgenommenen Aufgaben gehören ungeachtet des nicht endgültig bestimm-

---

1) So § 2 nwGO

2) Vgl. Rauball Erl. 1 zu § 1 nwGO

3) Pagenkopf S. 149

4) So auch Pagenkopf, S. 33: "Dem Staat obliegen alle die Aufgaben, die in seinem Gebiet gleichmäßig durchgeführt werden müssen, wo örtliche Eigentümlichkeiten nicht berücksichtigt werden können und auch nicht beachtet zu werden brauchen. Die Gemeinden haben dagegen dort ihr Aufgabenfeld, wo örtliche Besonderheiten und Eigentümlichkeiten eine Berücksichtigung verdienen. Im Grundsatz liegt eine Wesensgleichheit zwischen beiden in dem Sinne vor, daß das, was der Staat ausführt, auch von den Gemeinden übernommen werden kann, und der Staat zu erledigen vermag, was gemeinhin die Gemeinden ausführen. Aber in dem einen Fall wird der Staat, in dem anderen die Gemeinde eine Aufgabe in einem höheren Grad der Vollkommenheit ausführen, so daß aus Gründen der Zweckmäßigkeit Aufgaben bald der Gemeinde überlassen bleiben, bald vom Staat an sich gezogen werden."

baren Begriffs der öffentlichen Aufgaben unstreitig zu diesen. § 19 nwGO [1] gibt der Gemeinde als örtlichem Gesetzgeber die Möglichkeit, die dort beschriebenen Tätigkeiten in den gemeindlichen Bereich zu ziehen, d. h. die Gemeinde zum ausschließlichen Aufgabenträger zu erklären und die Aufgabe zur staatlichen (kommunalen) Aufgabe umzuwandeln. Im Rahmen einer öffentlichen Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang werden demzufolge staatliche Aufgaber erfüllt.

3. Konsequenzen der Charakterisierung als staatliche Aufgabe

Konsequenz der Charakterisierung dieser Aufgaben als staatliche könnte eine zwingend öffentlich-rechtliche Gestaltung des Benutzungsverhältnisses sein, und zwar dann, wenn staatliche Aufgaben nur mit öffentlich-rechtlichen Mitteln erfüllt werden könnten oder wenn das Subsidiaritätsprinzip geböte, staatliche - also der privatrechtlichen Sphäre entzogene - Aufgaben in öffentlich-rechtlicher Form wahrzunehmen.

Nach richtiger Ansicht können aber Träger staatlicher Aufgaben grundsätzlich auch zur Erfüllung staatlicher Aufgaben in privatrechtlichen Formen tätig werden[2]. Aus dem Subsidiaritätsprinzip läßt sich kein anderes Ergebnis gewinnen. Das Subsidiaritätsprinzip gebietet, "daß der Staat und andere Träger öffentlicher Verwaltung zivilen Personen oder Organisationen sowie niederen Trägern öffentlicher Verwaltung nur diejenigen Interessenverfolgungen entziehen dürfen, die ihnen nicht ohne überwiegenden Nachteil für die Gesamtheit und deren Glieder über-

---

1) Ebenso die entsprechenden Vorschriften der übrigen Gemeindeordnungen der Bundesländer; ihre Verfassungsmäßigkeit kann unterstellt werden.

2) H.M.: vgl. statt vieler BGH JR 1972, 128; Martens DVBl 1968, 150; aA. Pestalozza DÖV 1974, 188 ff.

lassen bleiben können."[1] Aus ihm könnte nur dann zwingend die öffentlich-rechtliche Regelung des Benutzungsverhältnisses gefolgert werden, wenn eine privatrechtliche Regelung gegen das Subsidiaritätsprinzip verstoßen würde und dieses als Verstoß gegen geltendes Recht anzusehen wäre.

Ob das Subsidiaritätsprinzip als geltendes Recht, sei es als ein im Rechtsstaatsprinzip wurzelnder allgemeiner Rechtsgrundsatz[2] oder als im geltenden Gemeinderecht verankert anzusehen ist,[3] kann hier dahingestellt bleiben, weil ein Verstoß dagegen nicht festzustellen ist. Ein solcher scheint nur prima facie darin zu liegen, daß die typischerweise bei Betreiben einer öffentlichen Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang zu erfüllenden Aufgaben im Grunde solche sind, die ebensogut von Privaten wahrgenommen werden könnten,[4] mithin der Einbezug als staatliche Aufgabe per Gesetz und kommunale Satzung und die gleichzeitige Wiedereinbringung in den privatrechtlichen Rechtsbereich widersinnig und bedenklich anmutet. Das

---

1) Wolff, VerwR III § 138 II a; ähnlich BVerfGE 10, 59 (83); von Münch JZ 1960, 303 (304)

2) So Dürig JZ 1953, 198; Kipp DöV 1956, 561, Zuck, Subsidiaritätsprinzip S. 109 ff.; von Münch JZ 1960, 305; Maunz, Staatsrecht § 10 II 6; a.A. Hamann Einf. I D 1, 9; Isensee, Subsidiaritätsprinzip S. 89 ff; Herzog, Der Staat 1963, 399 ff.

3) Vgl. Pagenkopf S. 150; Dürig, in Maunz-Dürig-Herzog Art. 19 Rdn. 47 f.; Gönnenwein, S. 56 ff.; Isensee aaO. S. 74 ff.; Ipsen NJW 1963, 2049 (2054); ders. NJW 1963, 2102 (2107)

4) So beispielsweise die Aufgaben der Müllabfuhr, Straßenreinigung und des Schlachthofes; es handelt sich bei der Wahrnehmung dieser Aufgaben vornehmlich um tatsächliche Handlungen (Realakte).

Subsidiaritätsprinzip enthält jedoch kein Gebot, daß der Staat die Aufgaben, die er den zivilen Personen und Organisationen zwecks eigener Wahrnehmung entzieht, nur mit staatlichen Mitteln, also öffentlich-rechtlich erfüllen kann. Seine Aussage beschränkt sich auf die Frage des "ob" der Aufgabenerfüllung; das "wie", mit welchen Mitteln also die Aufgaben erfüllt werden müssen, wird dagegen nicht durch das Subsidiaritätsprinzip vorgeschrieben.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, daß Private im obengenannten Sinne den mit einer öffentlichen Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang verfolgten Zweck auch nicht ebensogut erfüllen können wie dies der Fall ist, wenn diese Einrichtungen von den Gemeinden wahrgenommen und in den staatlichen Aufgabenbereich einbezogen werden. Es ist wie bereits angedeutet, zwar durchaus möglich, daß Private die Aufgaben an sich ebensogut erfüllen könnten. Ein privater Unternehmer kann jedoch nicht alle potentiellen Benutzer rechtlich verpflichten, sich an seine Einrichtung anzuschließen und diese zu benutzen. Im Interesse der Volksgesundheit, der diese Einrichtungen dienen, [1] liegt es aber, daß eine lückenlose Erfassung aller potentiellen Benutzer (Gemeindeeinwohner) erreicht wird. Nur wenn dieses Interesse der Volksgesundheit die Einrichtung erfordert, wird auch das für die Anordnung des Anschluß-und Benutzungszwangs notwendige "dringende öffentliche Bedürfnis" vorliegen. Da dieser Begriff bei richtiger Interpretation eine Ausformung des

---

1) Vgl. § 19 nwGO; ebenso die entsprechenden Vorschriften der übrigen Ländergemeindeordnungen

Übermaßverbotes [1] bedeutet [2], das zumindest mit wesentlichen Merkmalen des Subsidiaritätsprinzips übereinstimmt [3], kann bei rechtmäßiger Anwendung des § 19 nwGO kein Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip vorliegen, wenn Anschluß- und Benutzungszwang angeordnet wird.

IV. Betreiben einer öffentlichen Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang als hoheitliche Tätigkeit

Für die dieser Untersuchung zugrundeliegenden öffentlichen Einrichtungen besteht Anschluß- und Benutzungs"zwang". Schon der Wortlaut deutet auf eine Aufgabenerfüllung mit hoheitlichen Mitteln hin [4]. Sollte sich dieser Eindruck nach näherer Betrachtung bestätigen, wäre - wie bereits dargelegt [5] - die Organisationsfreiheit der Gemeinde eingeschränkt, mithin nur ein öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis denkbar.

---

1) Vgl. zum Begriff Erichsen, Staatsrecht I S. 34 f. mwNw.

2) Ähnlich Wilhelm BayVBl 1965, 81; so wohl, wenn auch entschieden allgemeiner, Martens, Festschrift für H.J. Wolff, S. 437 f.

3) Vgl. Gentz NJW 1968, 1600 f.; Menger-Erichsen VerwArch 61 (1970), 276; Gass DöV 1960, 788 ff. (781); Hoffmann - Becking aaO. S. 445 ff. (449)

4) Selbst einige Autoren, die letztlich auch eine privatrechtliche Gestaltung für zulässig erachten, betonen dies und halten das Benutzungsverhältnis bei Anschluß- und Benutzungszwang grundsätzlich für öffentlich-rechtlich; vgl. Wolff AfK 1963, 169; ders. VerwR II § 99 V; Forsthoff, VerwR S. 383; Hurst, HBdKW II S. 839 f.; Gönnenwein S. 516

5) s. o. S. 23 ff.

1. Begriff der "hoheitlichen" Tätigkeit

Da der Begriff "hoheitlich" nicht einheitlich verwendet wird, im Rahmen der folgenden Untersuchung aber von Bedeutung ist, sei kurz erläutert, welche Terminologie hier zugrundegelegt wird [1]. Im Anschluß an Siebert [2] soll derjenige Bereich als hoheitliche Verwaltung gekennzeichnet werden, "in dem die öffentliche Verwaltung mit öffentlich-rechtliche Mitteln und in öffentlich-rechtlichen Formen tätig ist". [3] Der Begriff der hoheitlichen Verwaltung umfaßt danach die Bereiche obrigkeitlicher, durch öffentlich-rechtlichen Zwang gekennzeichneter, und nichtobrigkeitlich-hoheitlicher Verwaltung[4] als Oberbegriff. Auch im nichtobrigkeitlich-hoheitlichen Bereich wird der Staat kraft seiner übergeordneten Stellung über die Bürger tätig, in der Regel allerdings nicht durch behördlichen Eingriff. Vielmehr kennzeichnet diesen Bereich Schutz und Fürsorge, während Befehl und Zwang lediglich als ultima ratio in Reserve stehen [5].

2. Nichtobrigkeitlich-hoheitliches Handeln innerhalb des Benutzungsverhältnisses

Innerhalb der Diskussion um die rechtliche Natur des Leistungsverhältnisses konzentriert sich die

---

1) Zur Wort- und Begriffsgeschichte Martens, Öffentlich S. 85 ff.

2) Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, in: Festschrift für Niedermeyer, S. 215 ff.

3) vgl. Siebert aaO. S. 219

4) Auch als schlicht-hoheitliche Tätigkeit bezeichnet, vgl. Wolff, VerwR I § 23 III b; kritisch Siebert aaO.

5) Vgl. Siebert, S. 220; Wolff, VerwR I § 23 III b; Fleiner, S. 51; BVerfGE 10, 302 ff. (327)

Auseinandersetzung auf die Frage der Ausübung des Zwanges bei diesen Einrichtungen[1]. Der Hinweis auf den Zwang als typisches Mittel hoheitlicher Tätigkeit kann jedoch nicht als unumstößliches Merkmal dafür hingenommen werden, daß das gesamte Benutzungsverhältnis öffentlich-rechtlich geregelt sein muß. Es darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß Zwang in der Regel nur einmal, nämlich bei der Begründung des Benutzungsverhältnisses ausgeübt wird. Die darüberhinaus anfallende Tätigkeit in derartigen Einrichtungen hat dagegen nichts typisch Hoheitliches an sich, sondern könnte ebensogut von einem privaten Unternehmer wahrgenommen werden. Es handelt sich - wie dargelegt - [2] um sog. tatsächliches Verwaltungshandeln, dessen Zuordnung zum öffentlichen Recht oder Privatrecht sich als äußerst diffizil erweist [3].

Der hier zur Diskussion stehende Bereich der Verwaltung wird mit dem Schlagwort "Daseinsvorsorge"[4] belegt. Aus diesem schillernden Begriff allein kann jedoch nicht schon auf eine zwingend öffentlich-rechtliche Gestaltung des Leistungsverhältnisses geschlossen werden [5]. Allenfalls gibt dieser Begriff Aufschluß über den Zweck des Verwaltungshandelns [6]; rechtlich jedoch ist er irrelevant [7].

---

1) Vgl. u. a. Wolff AfK 1963, 169; Hurst, HBdKW II S. 839 f.; Siebert, S. 231; Gönnenwein, S. 516; Wietkamp S. 32 ff.

2) s. o. S. 33

3) vgl. Martens DVBl 1968, 150; von Mutius VerwArch 64 (1973), 433 ff.; Erichsen JR 1972, 130 f.

4) Vgl. hierzu u. a. Börner BayVBl 1972, 406; Ossenbühl DöV 1971, 514 ff. mwNw.

5) So aber BGH VerwRspr. 22, 209; 22, 310

6) Badura DöV 1966, 631; Rinck, Wirtschaftsrecht S. 53 f.; Memer VerwArch 64 (1973), 305

7) So Emmerich, Unternehmen S. 95 ff, 99

Gerade in dem weiten Bereich der "Daseinsvorsorge" "ist die Grenzlinie zwischen öffentlichem und privatem Recht oftmals so dünn, so leicht verlegbar oder gar unsichtbar, daß eine befriedigende Dogmatik ihre Schwierigkeiten hat." [1] Diese Schwierigkeiten kennzeichnen auch das hier diskutierte Problem.

Am einfachsten wäre die Einordnung einer Maßnahme als öffentlich-rechtliche vorzunehmen, könnte man jegliches Verhalten eines Trägers öffentlicher Verwaltung als öffentlich-rechtlich ansehen [2]. Das würde insbesondere die äußerst schwierige Charakterisierung von Realakten erleichtern. Eine Differenzierung der Rechtsmasse würde damit aber nicht erreicht, vielmehr würde damit ein und dieselbe Rechtsnorm zur Beurteilung öffentlich-rechtlichen wie privatrechtlichen Handelns maßgebend sein [3]. Dies träfe in besonderem Maße auf die moderne Leistungsverwaltung zu, weil das öffentliche Recht keine entsprechenden Formen rechtlichen Handelns für diese zur Verfügung stellt [4]. Das Abstellen auf die Be-

---

1) Schwabe NJW 1973, 455

2) Vgl. o. S. 21 Fn. 2

3) So Menger-Erichser VerwArch 59 (1968), 378

4) Dieses Problem sieht offenbar auch Pestalozza, Formenmißbrauch S. 178:" Handelt der Staat, so gilt stets öffentliches Recht, soweit vorhanden, privates Recht nur subsidiär oder kumulativ. Die Einschlägigkeit privatrechtlicher Normen ergibt sich jedoch nicht aus einer irgendwie gearteten "Natur" des Handelns, sondern aus dem jeweils nachzuweisenden Umstand, daß öffentlich-rechtliche Normen hierfür nicht bereitstehen und daß Privatrecht tatsächlich anwendbar ist." Damit verlagert Pestalozza die Probleme jedoch letzlich nur von der Frage, ob eine Norm und ein Sachverhalt öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich zu beurteilen ist, auf die Frage, ob eine öffentlich-rechtliche Norm für einen Sachverhalt zur Verfügung steht oder nicht und ob dann ggf. auf privatrechtliche Normen zurückgegriffen werden darf. Diese Abschichtung dürfte ebensoviele Schwierigkeiten wie die herkömmliche Abgrenzung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht aufwerfen.

teiligung des Staates an einem Rechtsverhältnis hat die gleiche Konsequenz [1].

Eine Maßnahme kann daher nur dann als öffentlich-rechtlich bezeichnet werden, wenn sie ihre rechtliche Grundlage in einer öffentlich-rechtlichen Rechtsnorm findet. Ob ein Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestaltet ist, beurteilt sich also grundsätzlich danach, was öffentliches Recht ist. Einheitliche Abgrenzungskriterien existieren bekanntermaßen nicht [2].

a. Interessentheorie

Die Interessentheorie stellt darauf ab, ob durch die jeweils anzuwendende Rechtsnorm primär und unmittelbar öffentliches oder privates Interesse verwirklicht wird [3]. Diese Unterscheidung kann jedoch insbesondere deshalb nicht befriedigen, weil auch das Privatrecht dem gedeihlichen menschlichen Zusammenleben und damit auch dem öffentlichen Interesse dient [4]. Darüber-hinaus kann an privatrechtlichen Gestaltungen ein ebensogroßes Interesse

---

1) Vgl. Wolff AöR 76, 205 f.

2) Vgl. auch den Überblick von Menger, Festschrift für H.J. Wolff, S. 149 ff.(153 Fn. 18)

3) Vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO § 40 Rdn. 5; Rupp JUS 1961, 60; BVerwGE 13, 49 f.; 15, 299; 19, 312; Menger VerwArch 53 (1962), 394, der diese Ansicht aber inzwischen aufgegeben hat; vgl. Menger-Erichsen VerwArch 59 (1968), 378; Menger, Festschrift für H.J. Wolff, S. 158; Vgl. zur Kritik auch Wolff, VerwR I § 22 II b 6

4) Vgl. insbesondere §§ 525 Abs. 2, 679, 2194 S. 2 BGB, in denen Rechtsfolgen von einem öffentlichen Interesse abhängig gemacht werden; auf der anderen Seite schützen die nachbarrechtlichen Normen des Baurechts private Interessen.

bestehen wie auf der anderen Seite ein privates an öffentlich-rechtlichen Maßnahmen.[1)]

b. Subordinationstheorie [2)]

Die Subordinationstheorie wird häufig im hier behandelten Fragenkreis angewandt.[3)] Nach dieser Theorie soll die Einordnung eines Rechtsverhältnisses als öffentlich-rechtlich davon abhängen, ob zwischen den Parteien ein Über - Unterordnungsverhältnis oder ein Gleichordnungsverhältnis besteht. Diese Theorie kann jedoch beispielsweise keine befriedigende Antwort auf vergleichbare Erscheinungen im Familienrecht [4)] geben. Ebensowenig vermag sie faktische Monopolstellungen, die aufgrund allgemeiner Geschäftsbedingungen und Tarife zu einem auch rechtlich relevanten Über - Unterordnungsverhältnis führen, oder durch Rechtssatz eingeräumte Monopolstellungen rechtlich einwandfrei einzuordnen.[5)] Auch Rechtsverhältnisse, in denen sich Staat und Bürger gleichberechtigt gegenüberstehen - so z. B. bei öffentlich-rechtlichen Verträgen -, bereiten der Subordinationstheorie Schwierigkeiten bei der Einordnung.

---

1) Vgl. auch Leisner, Privatinteressen als öffentliches Interesse, DöV 1970, 217 ff.; Menger, Festschrift für H.J. Wolff, S. 157 ff.; Wolff VerwR I § 22 II a 6

2) Auch Subjektionstheorie genannt

3) Wird u.a. vertreten in RGZ 166, 226; BGHZ 14, 227; BGH DVBl 1962, 103; BGH NJW 1970, 811; BVerwGE 7, 264 f.; Rüfner, Formen S. 351 Fn. 4, 354

4) z. B. Eltern - Kind -Verhältnis; vgl. auch Boehmer, Grundlagen I S. 165

5) Vgl. Menger VerwArch 64 (1973), 306 mwNw.

c. Subjektstheorie[1]

Dagegen stellt die von H. J. Wolff [2] entwickelte und heute wohl überwiegend vertretene Subjektstheorie [3] auf die Verschiedenheit der Zuordnungssubjekte der die Rechtsordnung bildenden Rechtssätze ab. "Während Zuordnungssubjekte des 'privaten Rechts' beliebige Rechtspersonen sind, ist 'öffentliches Recht' der Inbegriff derjenigen Rechtssätze, deren berechtigtes oder verpflichtetes Zuordnungssubjekt ausschließlich ein Träger hoheitlicher Gewalt ist". [4]

Schwierigkeiten sieht sich die Subjektstheorie aber dann gegenüber, wenn es um die Bestimmung solcher Rechtssätze geht, die den Träger hoheitlicher Gewalt als solchen erst bestimmen. Sie lassen sich durch die Wolffsche Definition nicht erfassen, weil sie selbst Bestimmungskriterien sind.[5] Die Klarstellung von Wolff aufgrund dieses Einwandes, daß diejenigen Rechtssätze, welche solche Subjekte errichten, deshalb ebenfalls dem öffentlichen Recht angehören, weil sie den Subjekten die durch ihre Rechtsstellung bestimmten eigentümlichen Verpflichtungen und Berechtigungen zuordnen [6], vermag nicht vollends zu überzeugen.[7] Diese "eigentümlichen

---

1) Auch Sonderrechtstheorie genannt.

2) Grundlegend in AöR 76, 205 ff.; vgl. auch VerwR I § 22 II c

3) Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 86; Klinger VwGO §4o B I; Stern JUS 1965, 141; Zuleeg DVBl 1967, 266 ff.; Menger-Erichsen VerwArch 59 (1968), 378; Martens, Öffentlich S. 94; OVG Münster DöV 1968, 326; Rupp DVBl 1958, 115

4) Wolff, VerwR I § 22 II c

5) Vgl. auch Menger-Erichsen VerwArch 59 (1968), 379

6) Wolff, VerwR I § 22 II c

7) Menger, Festschrift für H. J. Wolff, S. 161 erscheint sie jedoch befriedigend.

Verpflichtungen und Berechtigungen" stellen danach etwas typisch Öffentlich-Rechtliches, nur dem Staat Zustehendes dar. Für den Bereich der sog. Eingriffsverwaltung mag eine solche Umschreibung noch zu relativ überzeugenden Ergebnissen führen. Im Bereich der Leistungsverwaltung ist ein solches Abgrenzungskriterium jedoch weitgehend untauglich. Auf diese Schwierigkeiten wurde bereits oben hingewiesen.[1] Dennoch führt die Subjektstheorie zu den überzeugendsten Ergebnissen.

Das Benutzungsverhältnis ist danach öffentlich-rechtlich, wenn die in seinem Rahmen erbrachten Leistungen aufgrund eines Rechtssatzes gewährt werden, der ausschließlich einen Träger öffentlicher Verwaltung berechtigt und/oder verpflichtet.

Die Anordnung des Anschluß- und Benutzungszwanges und damit die Begründung eines Rechtsverhältnisses zwischen der Gemeinde und den Verpflichteten findet ihre Rechtsgrundlage in § 19 nwGO. Dieser stellt unbestritten eine öffentlich-rechtliche Norm dar, deren Zuordnungssubjekt ausschließlich die Gemeinde als Träger öffentlicher Verwaltung ist. § 19 nwGO ermächtigt zur Schaffung der Einrichtung durch genehmigungsbedürftige Satzung, ohne etwas zur Trägerschaft und zur rechtlichen Gestaltung des Benutzungsverhältnisses zu sagen.

Die Gemeinde hat es danach aufgrund ihrer Organisationsfreiheit[2] grundsätzlich selbst in der Hand,

---

1) s. o. S. 28 f.
2) s. o. S. 17 ff.

sich als Träger öffentlicher Verwaltung zum ausschließlichen Zuordnungssubjekt im Rahmen des Benutzungsverhältnisses zu bestimmen oder nicht. Damit stößt dieser Fall in die Lücke der Subjektstheorie,[1] da hier sowohl die Festlegung der geltenden Rechtsnormen als auch - damit unmittelbar zusammenhängend - des Zuordnungssubjekts noch offensteht.

d. Andere Lösungsmöglichkeiten

aa. Zweistufentheorie

Als Lösungsmöglichkeit muß auch die Zweistufentheorie [2] erwogen werden. Diese von Ipsen [3] im Zusammenhang mit staatlichen Subventionen begründete und weithin anerkannte Theorie[4] unterscheidet zwischen einem Eingangs- oder Grundverhältnis (erste Stufe) und einem Abwicklungsverhältnis (zweite Stufe). Auf der ersten Stufe entscheidet die Verwaltung durch sog. privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt, also kraft hoheitlicher Gewalt. Als diese erste Stufe könnte hier die öffentlich-rechtlich erfolgende Anordnung des Anschluß- und Benutzungszwangs gesehen werden. Auf der zweiten Stufe wird das solchermaßen begründete Rechtsverhältnis im Rahmen des Privatrechts abgewickelt. Die Anwendung dieser Theorie setzt somit gerade die hier

---

1) Mißverständlich Menger VerwArch 64 (1973), 306 f.

2) vgl. Püttner, Allgemeines Verwaltungsrecht S. 71 f.; ders. Unternehmen S. 139, Pappermann JZ 1969, 485 (487); Götz JUS 1971, 350

3) Öffentliche Subventionierung Privater, 1956

4) BGHZ 40, 210; 52, 159 ff.; BGH DöV 1972, 384 ff.; BVerwG DöV 1972, 382 ff.; Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, 1962 S. 99 ff.; vgl. zur Kritik Zuleeg, Die Reform der Subventionen, Berlin 1965

zu lösende Frage, ob das sog. Abwicklungsverhältnis privatrechtlicher Natur ist oder nicht, voraus.

bb. Fehlende Privatautonomie - staatlicher Zwang

Das Benutzungsverhältnis wird von der Gemeinde ohne irgendwelche Einflußmöglichkeiten der Benutzer begründet und ausgestaltet. Der Betroffene ist weder in der Frage des "ob" noch des "wie" der Benutzung frei. Er wird vielmehr mit staatlichen Mitteln gezwungen, eine bestimmte Leistung zu bestimmten Bedingungen anzunehmen. Es fehlt damit völlig an der für privatrechtliche Rechtsverhältnisse charakteristischen Privatautonomie. Von den Befürwortern einer privatrechtlichen Gestaltung des Benutzungsverhältnisses wird dagegen unter Hinweis auf eine entsprechende Veröffentlichung Nipperdeys[1] mit Kontrahierungszwang[2] und diktierten Verträgen[3] argumentiert, die ihrer Ansicht nach die Vertragsfreiheit in einem ebensolchen Maße einschränken wie der Benutzungszwang.[4] Die mangelnde Einwirkungsmöglichkeit der Benutzer auf die rechtliche Gestaltung des Benutzungsverhältnisses sei danach kein Indiz für eine öffentlich-rechtliche Regelung.

Diese Ansicht verkennt allerdings, daß die von Nipperdey entwickelten Ergebnisse aufgrund gesetzgeberischer Ausnahmemaßnahmen infolge der "Kriegs- und Übergangszeit" [5] gewonnen wurden.[6] Darüberhinaus besteht der "Kontrahierungszwang" zugunsten des schutzwürdigen Benutzungs- bzw. Vertragswilligen, der zur Mitgestaltung des Rechtsverhältnisses nicht in der Lage ist. Mit Zwang ist hier nur der wirtschaftlich Stärkere belegt; er ist verpflichtet,

---

1) Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, 1920
2) Zum Begriff vgl. Larenz, Schuldrecht I § 5 Ia mwNw.
3) Zum Begriff Larenz, Schuldrecht I § 4 IV
4) Vgl. u.a. Hurst HBdKW II S. 840; Forsthoff, VerwR S. 383 f.; Scheidemantel, S. 56
5) Wie Nipperdey aaO. S. 5 selbst einräumt
6) Hierzu näher Wietkamp, S. 36 ff.

einen Vertrag abzuschließen. Im Gegensatz zum Anschluß- und Benutzungszwang kann der Vertragswillige zumindest rechtlich - die faktische Situation stellt sich leider oft anders dar - noch über das "ob" des Vertragsschlusses frei entscheiden.[1)]

Mit der gleichen Begründung kann dem in diesem Zusammenhang naheliegenden Hinweis auf allgemeine Geschäftsbedingungen, die ebenfalls die Vertragsfreiheit in immer unerträglicherem Maße einschränken,[2)]

---

1) So auch Brohm, S. 200; im Ergebnis ebenso Siedentopf, S. 81; Wietkamp aaO.

2) Die mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen verbundene Problematik ist Gegenstand des 50. Deutschen Juristentages in Hamburg gewesen; vgl. zum Ganzen Kötz, Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen?, Gutachten A zum 50. Deutschen Juristentag; Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 1971; Rehbinder, Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts, 1972; Schoreit ZRP 1970, 175; ASJ Hessen-Süd, Rechtspolitisches Programm zum Schutz vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen, ZRP 1970, 190; Gudian ZRP 1972, 147; von Hippel ZRP 1972, 110; Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft, Dokumentation zum rechtspolitischen Kongreß der SPD vom 5., 6. und 7. Mai 1972 in Braunschweig, Hrsg. Duden u. a., mit einschlägigen Beiträgen von Ramm, Brandner, Däubler und Simitis; Brandner JZ 1973, 613; Trinkner BB 1973, 1501; Eith NJW 1974, 16; Löwe BB 1974, 97. Die Gerichte haben nach geltendem Recht nicht die Möglichkeit diese Entwicklung wirksam einzudämmen, denn sie entscheiden immer nur über einzelne Klauseln und nur mit Wirkung für den Einzelfall. Sie laufen den unangemessenen Klauseln nach, ohne die unbillige Praxis der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ändern zu können. Außerdem können die Gerichte nur dann eine angemessene Vertragslage herstellen, wenn der betroffene Kunde einen Prozeß riskiert und finanziert (vgl. Brandner und von Hippel aaO.). Die Notwendigkeit gesetzgeberischer Maßnahmen wird daher im neueren Schrifttum allgemein bejaht, wobei allerdings keine Einigkeit über die zu treffenden gesetzlichen Regelungen besteht (vgl. die obigen Nachweise). Einen Gesamtüberblick über die vertretenen Lösungsvorschläge gibt Kötz, aaO. S. A 59 ff.

begegnet werden.

Auch das Argument hinsichtlich des diktierten Vertrages geht fehl. Wenn in den Fällen des diktierten Vertrages auch Einfluß auf den Inhalt der Rechtsbeziehungen genommen wird, so geschieht dies durch eine einmalige Maßnahme aufgrund Gesetzes oder Verwaltungsakts eines Außenstehenden und nicht des Vertragspartners. Beim Anschluß- und Benutzungszwang dagegen werden kraft Satzung die Betroffenen den laufenden Geschäftsbeziehungen und ihrer Regelung durch die Gemeinde, als dem Vertragspartner, unterworfen.[1] Darüberhinaus ist gerade die Institution des diktierten Vertrages ein außerordentlicher Fremdkörper im Bereich des Privatrechts[2] und somit als Beispiel im Grunde ungeeignet, insbesondere auch deshalb, weil verfassungsrechtliche Bedenken gegen diese Erscheinung bestehen.[3][4]

Der Zwang beschränkt sich beim Anschluß- und Benutzungszwang nicht nur auf das "ob" oder das "wie" der Benutzung, sondern umfaßt beides. Zwar erschöpft sich die Durchführung des Anschlußzwangs grundsätzlich in einer einmaligen Handlung. Das gilt jedoch nicht für den Benutzungszwang, der das gesamte Benutzungsverhältnis begleitet. Solange die Betroffenen die Einrichtung entsprechend der gemeindlichen Anordnung benutzen, unterscheidet sich das Leistungsverhältnis praktisch nicht von einem privatrechtlichen. Das macht gerade seine Einordnung so schwierig. Solange das Benutzungsverhältnis aber besteht, schwebt für den Fall von Zuwiderhandlungen das "Damoklesschwert" des

---

1) Ebenso Brohm, S. 200 ; Rüfner, S. 351 f.; Gröttrup S. 103

2) Vgl. Larenz, Schuldrecht I § 4 IV

3) Hierzu Larenz aaO. § 5 IV; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S. 664

4) Im Ergebnis ebenso Siedentopf, S. 81; Wietkamp, S. 36 ff.

staatlichen Zwanges über dem Benutzer. Befehl und Zwang stehen damit als "Reserve" zur Durchführung der Aufgaben der öffentlichen Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang bereit. Die Tätigkeit im Rahmen des Benutzungsverhältnisses muß daher nach den oben angeführten Kriterien [1] als nicht-obrigkeitlich-hoheitliche Verwaltungstätigkeit eingeordnet werden.[2]

An diesem Ergebnis ändert auch der Einwand Hursts[3] nichts, die 2. VerwVO Ziff. 2 zu § 19 nwGO[4] spreche von dem für den Anschluß und die Benutzung zu entrichtenden, durch Satzung zu regelnden "Entgelt". Da dieser Begriff aber sowohl für ein privatrechtliches Entgelt wie für eine öffentlich-rechtliche Gebühr verwendet werde, rechtfertige dies die Zulässigkeit auch der privatrechtlichen Gestaltung des Benutzungsverhältnisses. Hurst übersieht dabei, daß die Festlegung des Entgelts durch Satzung[5], d. h. öffentlichen Rechtssatz, ausschließlich öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten erzeugt.[6]

---

1) s. o. S. 36

2) Inkonsequent daher Siebert S. 231 f.

3) HBdKW II S. 840

4) zit. bei Kottenberg-Rehn, 5. Aufl. 1956, S. 35; inzwischen geändert, vgl. Kottenberg-Rehn, 10. Aufl. 1972 vor Erl. I zu § 19 nwGO

5) Eine Regelung über das"Entgelt" ist nach h.M. notwendiger Bestandteil der Satzung zur Anordnung des Anschluß- und Benutzungszwangs; vgl. Wietkamp S. 22 mwNw.; Hurst HBdKW II S. 840; Teufel, S. 49; VGH Freiburg DVBl 1953, 637

6) so die h.M., vgl. HessVGH VerwRspr. 10, 114;Siebert,DÖV 1959, 735; Wietkamp,S.38; weitere Nachweise bei Wilke, Gebührenrecht und Grundgesetz, 1973 S. 32 Fn. 42 und 43; aA. Wilke aaO. S. 31 ff (35 f.): das Staatsverfassungs- und Kommunalverfassungsrecht räume den Gemeinden auch die Befugnis ein, als Normgeber im Bereich des Privatrechts tätig zu werden. Allerdings bleibe angesichts der fast vollständigen Ausschöpfung des vorhandenen "Privatrechtspotentials" für kommunales Privatrecht kaum noch Raum. Im praktischen Ergebnis trennt die h.M. und Wilke daher nicht viel, wenn dieser in Konsequenz dessen einräumt, daß satzungsrechtlich erfaßte Rechtsverhältnisse regelmäßig öffentlich-rechtlicher Art sind.

Es kann sich mithin nur um eine öffentlich-rechtliche Gebühr [1] handeln.[2]

V. Orientierung an der Rechtsstellung der Benutzer

Bei der rechtlichen Gestaltung des Benutzungsverhältnisses darf auch der Schutz der Benutzer nicht außer acht gelassen werden. Zwar ist dem Rechtsschutzbedürfnis des Bürgers nicht eine derart bestimmende Funktion einzuräumen, wie ihm vom Bundesverwaltungsgericht in seinem Beschluß vom 18.9.1958[3] beigemessen wird. Dieses läßt sich aber sehr wohl unterstützend für die Beurteilung eines Rechtsverhältnisses heranziehen.[4] Unterschiedliche Folgen könnten die privatrechtliche bzw. öffentlich-rechtliche Gestaltung der Leistungsbeziehungen in Fragen des Grundrechtsschutzes, des Rechtsweges und der Haftung zeitigen, die sich je nach der rechtlichen Ausgestaltung nachteilig für den Benutzer auswirken. Das mag angehen, wenn es dem Einwohner (Benutzer) freisteht, eine gemeindliche öffentliche Einrichtung zu benutzen oder nicht. Wird der Einwohner dagegen kraft Anschluß- und Benutzungszwangs zur Teilhabe an der Leistung gezwungen und damit in eine Abhängigkeit zur Gemeinde gebracht, sind die durch die Wahl der Rechtsform des Benutzungsverhältnisses eventuell gegebenen rechtlichen Nachteile die Organisationsfreiheit einschränkende Faktoren. Zwar hat der Bürger keinen Anspruch darauf, daß die Verwaltung

---

1) Diese kann nach zutreffender und h. M. nur aufgrund öffentlichen Rechtssatzes und für öffentlich-rechtliche Leistungen gefordert werden; vgl. § 4 Abs. 2 nwKAG; Wolff, VerwR I § 42 II a 2; Loening-Schmitz § 4 KAG Erl. I 1; Oberläuter DöV1962, 48; BVerfGE 20, 269; BVerwGE 12, 165; a.A. wohl OVG Lüneburg OVGE 25, 345 ff., 354

2) Wie hier u. a. Wietkamp, S. 38; von Kornatzki, S. 37; Buhlmann KStZ1958, 211; Teufel, S. 9

3) BVerwG DöV 1958, 956

4) Zuleeg DVBl 1966, 238

in bestimmten Organisationsformen tätig wird[1]. Je mehr aber seine Lebensbedingungen im Zuge gesellschaftsformender Aktivitäten des Gemeinwesens entindividualisiert werden[2], desto stärker macht sich eine bislang unbekannte Abhängigkeit der bürgerlichen Rechts- und Freiheitsgewährleistungen von der sachgerechten Ausgestaltung der staatlichen Organisationsstruktur bemerkbar.[3] Mit Burmeister[4] ist festzustellen, daß die Effektivität verbürgter Rechtsgewährleistungen unter den obwaltenden Bedingungen in starkem Maße von der institutionell-organisatorischen Bereitstellung und Ausgestaltung bestimmter Verwaltungseinrichtungen abhängig und darum gegenüber "Mißbräuchen" der staatlichen Organisationsgewalt zumindest ebenso allergisch ist wie gegenüber gezielten Eingriffen in Rechtspositionen[5]. Dementsprechend resultieren aus dem Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten organisationsrechtliche Sperrwirkungen und Direktiven, die insgesamt bewirken, daß staatliche Verwaltungsorganisation nicht zu einem Defizit in der Rechtsposition des in Abhängigkeit geratenen Bürgers führt[6].

---

1) Ossenbühl VVDStRL 29, 164

2) Vgl. Burmeister WiR 1972, 331 (336); Martens, Festschrift für H.J. Wolff, S. 429 (431); Eyermann-Fröhler, VwGO § 40 Rdn. 52; Scholz, S. 243

3) So Burmeister aaO.; ähnlich Ossenbühl aaO. S. 164; vgl. auch Zacher VVDStRL 25, 377

4) WiR 1972, 331 (336)

5) Vgl. auch Martens aaO. S. 431; Ossenbühl aaO. S. 164; Zacher aaO. S. 377; wNw. bei Burmeister aaO. S. 336 Fn. 62 und 63

6) Ebenso Ossenbühl aaO.; Burmeister aaO. S. 338

1. Grundrechtsschutz

Nach der weitgehend anerkannten Lehre vom Verwaltungsprivatrecht [1] unterliegen Träger öffentlicher Verwaltung auch dann der Bindung an die Grundrechte, wenn sie unmittelbar öffentliche Verwaltungszwecke in privatrechtlichen Formen wahrnehmen. Schwierigkeiten kann dieser Theorie allerdings bereiten, daß die Bestimmung der "unmittelbaren öffentlichen Verwaltungszwecke" nicht selten außerordentlich problematisch ist. Handelt es sich jedoch wie hier um "staatliche" Aufgaben im oben definierten Sinne [2], entfallen diese Schwierigkeiten.

Da die Gemeinde auch bei privatrechtlich ausgestaltetem Benutzungsverhältnis an die Grundrechte gebunden bleibt, ergibt sich aus dem Gesichtspunkt der grundrechtlich geschützten Rechtssphäre des Einwohners kein Nachteil für diesen, wenn die gemeindliche Organisationsfreiheit uneingeschränkt bleibt.

2. Rechtsweg

Bestimmen sich die Beziehungen zwischen der Gemeinde und dem Benutzer der öffentlichen Einrichtung nach Privatrecht, so ist im Streitfall der Weg zu den Zivilgerichten auch dann einzuschlagen, wenn Verwaltungsprivatrecht gilt. Bei öffentlich-rechtlichem Benutzungsverhältnis ist dagegen grundsätzlich der Verwaltungsrechtsweg gegeben.

---

1) Vgl. Wolff, VerwR I § 23 II b; Wertenbruch JUS 1961, 105; siehe auch oben S. 19 Fn. 1

2) S. 28 ff.

Wenn auch der Rechtsschutz des Bürgers in beiden Fällen gewährleistet wird, so kann es ihm dennoch nicht gleichgültig sein, welchen Rechtsweg er beschreiten muß. Denn mit der heutigen Lückenlosigkeit des Individualrechtsschutzes [1] ist nicht schon die gleichwertige Effektivität des Rechtsschutzes nach den derzeitigen Verfahrensordnungen und Verfahrensgrundsätzen als gegeben anzusehen. [2] Hiervon geht aber das BVerwG in seinem Beschluß vom 18.9.1958[3] aus, wenn es den Rechtsschutz des Betroffenen durch das zivilgerichtliche Verfahren in gleichem Umfang gewährleistet sieht wie durch ein verwaltungsgerichtliches Verfahren. Diese Ansicht läßt jedoch unberücksichtigt, daß sich die unterschiedlichen Verfahrensgrundsätze im Verwaltungsprozeß und im Zivilprozeß sehr wesentlich für den Bürger auswirken können. Während der Zivilprozeß von der Beibringungs- oder Verhandlungsmaxime beherrscht wird, gilt für den Verwaltungsprozeß der Grundsatz der Amtsermittlung (Untersuchungsmaxime - § 86 VwGO). Dieser Unterschied darf nicht zu gering geachtet werden. [4]

---

1) So Dürig, in Maunz-Dürig-Herzog Art. 19 IV Rdn. 1

2) So auch Naumann, Staatsbürger und Staatsgewalt II, S. 367

3) DöV 1958, 956

4) Vgl. Naumann aaO. S. 367; Zuleeg DVBl 1966, 233 (237); Baumgärtel ZZP 73, 387 (401); Schrödter DVBl 1959, 452; Ernst-Zinkhahn-Bielenberg, BBauG § 24 Rdn. 63; OVG Münster OVGE 23, 280 (283)

Dieser ist insbesondere in wichtigen Einzelfragen von grundsätzlicher Bedeutung: das zeigt sich vor allem bei der Geständniswirkung [1], der Beweiserhebung[2] und der Zulässigkeit des Versäumnisurteils.[3]

Danach führt der Zivilrechtsweg im Vergleich zum Verwaltungsrechtsweg für den Betroffenen zu einer Verschlechterung seiner Rechtsstellung; sein Rechtsschutz wird verkürzt.[4]

3. Haftung

Auch haftungsrechtlich kann die Einstufung des Benutzungsverhältnisses als privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich unterschiedliche Folgen zeitigen. Diese können sich einmal auf die Haftung gegenüber den Benutzern direkt und zum anderen indirekt durch die Möglichkeit bzw. den Umfang eines Haftungsausschlusses auswirken.

---

1) Vgl. Baumgärtel aaO. S. 401,

2) Vgl. Baumgärtel aaO.; Zuleeg DVBl 1966, 237; wohl auch BGHZ 60, 275 (287), wo der BGH die Benachteiligung des Bürgers durch die Geltung des Beibringungsgrundsatzes als Folge der Einstufung des gemeindlichen Vorkaufrechts nach § 24 BBauG als privatrechtlichen Akt durch die Umverteilung der Darlegungs- und Beweislast korrigieren will; ebenso Bronsch DVBl 1964, 516; kritisch dazu Zuleeg DVBl 1966, 237

3) Ein solches ist nach h. M. im Verwaltungsprozeß nicht zulässig; vgl. Wolff, VerwR III § 171 VII d; Rupp AöR 85, 191 ff.; Baumgärtel aaO. S. 401; Eyermann-Fröhler § 107 Rdn. 8; Redeker-von Oertzen § 102 Anm. 8

4) So Schrödter DVBl 1959, 454; vgl. auch oben S. 51 Fn. 4

a. Vertragliche Haftung

Bei privatrechtlicher Gestaltung des Benutzungsverhältnisses einer öffentlichen Einrichtung der Gemeinde besteht in der Regel zwischen dem Benutzer der Einrichtung und der Gemeinde ein Vertrag. Entsteht dem Benutzer im Rahmen dieser Rechtsbeziehungen ein Schaden durch das Verschulden des Personals der öffentlichen Einrichtung, so haftet die Gemeinde nach §§ 276, 278 BGB.

Nichts anderes gilt im Grunde bei der öffentlich-rechtlichen Gestaltung. Das Verhältnis zum Benutzer der öffentlichen Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang ist als vertragsähnliches öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis anzusehen, denn es werden hier beiderseits Leistungen gewährt und ausgetauscht. [1] Innerhalb des öffentlich-rechtlichen Verhältnisses ist daher sinngemäß vertragliches Schuldrecht (§§ 276, 278 BGB) anzuwenden.[2] Soweit also vertragliche Haftung in Betracht kommt, erleidet der Benutzer durch die Wahl der Handlungsform keinen Rechtsnachteil.

b. Deliktische Haftung

Bei rechtswidriger Tätigkeit des Trägers der öffentlichen Einrichtung innerhalb des privatrechtlich geregelten Benutzungsverhältnisses haftet dieser grundsätzlich nicht anders als jede juristische Person des Privatrechts. Liegen die Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung im nichthoheitlichen

---

1) Vgl. BGH NJW 1970, 2208 ff.; BGHZ 21, 214; 3, 162; 5, 299; Wolff, VerwR I § 44 III b 4

2) Vgl. wie vor und Götz JUS 1971, 350

Tätigkeitsbereich vor, haftet die Gemeinde nach §§ 823 ff. BGB.[1] Daneben tritt die Eigenhaftung des Organwalters nach § 839 BGB.[2] Bei nur fahrlässiger Verletzung seiner Dienstpflichten kann sich der Beamte allerdings auf die Subsidiaritätsklausel des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB berufen. Er kann geltend machen, daß anderweitiger Ersatz von der betreffenden öffentlich-rechtlichen Körperschaft gem. § 831 i.V.m. §§ 823 ff BGB - nicht aber i. V. m. § 839 BGB - erlangt werden kann.[3] Die Eigenhaftung des Organwalters kann aber wieder dadurch relevant werden, daß der Träger hoheitlicher Verwaltung sich gem. § 831 BGB exculpiert, d. h. der Haftung entgeht, weil er nach der ihm obliegenden Aufklärung des Sachverhalts nachweisen kann, daß keinen seiner verfassungsmäßigen Vertreter bei der Auswahl, Anleitung oder Überwachung des betreffenden Organwalters ein Verschulden trifft.[4] Handelt es sich bei dem Organwalter um einen"verfassungsmäßig berufenen Vertreter" (Organ)[5] der öffentlichen Einrichtung, bestimmt sich die Haftung der Gemeinde nach §§ 31, 89, 823 ff. BGB. Eine Exculpation ist in diesem Fall nicht möglich. Die Eigenhaftung des Organs bestimmt sich nach § 839 BGB.

---

1) Vgl. BGHZ 59, 310 (316) und 303 (309)

2) Vgl. Soergel-Glaser § 839 Rdn. 48; Bender, Staatshaftungsrecht S. 101; BGHZ 34, 99 (104)

3) Vgl. Bender aaO. S. 101; Soergel-Glaser § 839 Rdn. 48

4) BGHZ 59, 303 (309); Bender aaO. S. 101

5) Vgl. zum Begriff Wolff, VerwR I § 65 II a

Daraus ergibt sich für die Rechtsstellung des Bürgers, daß diese im Falle der privatrechtlichen Regelung des Benutzungsverhältnisses wesentlich schlechter sein kann als im öffentlich-rechtlich geregelten. Denn dort haftet die Gemeinde bei rechtswidriger Tätigkeit ihrer Verwaltungsorgane gemäß § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG. Die Staatshaftung ist für den Benutzer insbesondere deshalb von Vorteil, weil sie keine Exculpationsmöglichkeit zuläßt und ihm stets - damit auch in den Fällen, in denen bei privatrechtlichem Benutzungsverhältnis eine Exculpation gelingen würde - ein potenter Schuldner gegenübersteht. Dagegen fallen die Nachteile der Staatshaftung, die aus § 839 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 BGB und notorischer "Prozeßlust und Prozeßhartnäckigkeit" [1] des Schuldners Staat resultieren, nicht entscheidend ins Gewicht.

Eine andere Beurteilung könnte sich daraus ergeben, daß im Falle des privatrechtlichen Benutzungsverhältnisses Verwaltungsprivatrecht gilt. Es ist zumindest erwägenswert, ob in diesen Fällen nicht die Staatshaftung gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG Platz greifen müßte. Dafür spricht, daß andernfalls für den Staat die Möglichkeit gegeben ist, durch beliebigen Organisationsakt die rechtliche Verantwortung als Hoheitsträger manipulieren zu können. Solange aber in der Praxis die Ausübung eines öffentlichen Amtes von der Wahl der Mittel und der Rechtsnatur der Tätigkeit abhängig gemacht wird,[2] kann

---

1) Herschel NJW 1969, 817 ff, 820

2) So die h.M.; vgl. Wolff, VerwR I § 64 II c 2; Bender, Staatshaftungsrecht S. 104; Gammelin, S. 62 ff.;BGHZ 38, 49, 51 f.; BAG NJW 1964, 75; kritisch dagegen Schröder JUS 1969, 25 ff.; Ossenbühl JUS 1973, 423

bei einer praxisorientierten Abwägung von Vor- und Nachteilen für den Benutzer einer Einrichtung nicht von einer Staatshaftung in diesem Bereich ausgegangen werden.

Es kann danach festgestellt werden, daß die privatrechtliche Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses einer öffentlichen Einrichtung die Rechtsstellung des Benutzers aus haftungsrechtlicher Sicht verschlechtern kann.

c. Haftungsausschluß

Inwieweit die Gemeinde einen Haftungsausschluß für Schäden, die mit dem Betrieb der öffentlichen Einrichtung entstehen, bestimmen kann, hängt ebenfalls von der Rechtsnatur des Benutzungsverhältnisses ab.

aa. Privatrechtliches Benutzungsverhältnis

Im privatrechtlichen Vertragsverhältnis kann die Gemeinde ihre vertragliche Haftung grundsätzlich nach § 276 BGB auf Vorsatz beschränken, so daß die Haftung für einfache und grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen ist. Bei Einrichtungen mit Anschluß- und Benutzungszwang, die ein rechtliches Monopol besitzen, sind die Benutzer gezwungen, die Einrichtung zu den einseitig von der Gemeinde festgelegten Bedingungen zu benutzen. Bei dieser Sachlage wäre ein vertraglicher Haftungsausschluß für grobe Fahrlässigkeit nicht zu rechtfertigen.[1] Vielmehr ist ein Haftungsausschluß in diesem Rechtsverhältnis nur für sog. typische Beeinträchtigungen der ordnungsgemäß eingerichteten und betriebenen Einrichtung zulässig, die sich nicht völlig ausschließen

---

1) Ebenso BGH NJW 1973, 1742; Schneider NJW 1962, 705 ff.; Götz aaO. S. 352; Schwarze JUS 1974, 640 ff. ; Erichsen VerwArch 65(1974), 219 ff. (221)

lassen und immer wieder auftreten können.[1)]

Die gleichen Grundsätze lassen sich für die Beschränkung der deliktischen Haftung aufstellen.

bb. Öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis

Auch im öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnis kann ein Haftungsausschluß durch gemeindliche Satzung erklärt werden. Soweit eine Haftung der Gemeinde als Trägerin der öffentlichen Einrichtung aus dem vertragsähnlichen öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnis in Betracht kommt, kann hinsichtlich der Haftungsbeschränkung weitgehend auf das privatrechtliche vertragliche Verhältnis verwiesen werden, d. h. die Haftung kann auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz beschränkt werden. Aber auch für leichte Fahrlässigkeit kann der Haftungsausschluß im verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnis nicht völlig uneingeschränkte Gültigkeit beanspruchen. Dahingehend hat sich auch der BGH in seinem Urteil vom 17.5.1973 - III ZR 68/71 -, das insoweit Zustimmung verdient, klar geäußert. Er führt dazu aus:
"Die insoweit gebotene sinngemäße Anwendung der §§ 276, 278 BGB rechtfertigt es, auch die im vertraglichen Schuldverhältnis geltenden Grundsätze der Haftungsbeschränkung zur Geltung zu bringen, soweit die Pflichten, denen die öffentliche Hand auch im besonderen verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnicht unterliegt, dies nicht ausschließen... Sie dürfen aber dem Benutzer keine unbilligen Opfer abverlangen. Die Beschränkung der Haftung muß durch sachliche Gründe gerechtfertigt sein und den Grund-

---

1) Ähnlich BGH NJW 1970, 2208, 2210; Odenthal KStZ 1963, 222, 223; Rinkens KStZ 1963, 180 f.

sätzen der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit entsprechen... Sie darf nicht im Widerspruch stehen mit den allgemeinen fürsorgerischen Aufgaben der Verwaltung... und die Verantwortung für Schäden nicht ausschließen, die auf offensichtliche Mißstände in der Anstalt zurückzuführen sind ".[1)]

Etwas anderes gilt jedoch für die deliktische Haftung nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG.[2)]

Auf zwei potentielle Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung weist Schneider[3)] hin:
- eine Beschränkung der Verantwortlichkeit, die sich auf die Haftung des Staates erstreckt, weil das Eingreifen des Art. 34 GG von § 839 BGB abhängig ist,[4)]
- eine Einschränkung der Staatshaftung selbst.

Beide Möglichkeiten verwirft er zu Recht selbst. Die Verantwortlichkeit des Beamten als Ausfluß des Amts- und Dienstrechts ist zwingender Natur und unabdingbar.[5)] Eine Beschränkung der Verantwortlichkeit des Beamten wie der Staatshaftung selbst würde

---

1) BGH NJW 1973, 1742; zust. Erichsen, VerwArch 65 (1974), 221; Schwarze JUS 1974, 641

2) Näher zu diesem Problem: BGH NJW 1973, 1741 ff.; Schneider NJW 1962, 705 ff.; Götz JUS 1971, 352; Rüfner DÖV 1973, 810; ders. DÖV 1974, 417; Brehm DÖV 1974, 416; Erichsen aaO.; Schwarze aaO.

3) NJW 1962, 709; vgl. auch Rüfner DÖV 1973, 809

4) Vgl. auch Rüfner DÖV 1973, 810 und DÖV 1974, 417, dessen Vorschlag, durch gemeindliche Satzung die Amtspflichten einzuschränken, in die gleiche Richtung zielt, der jedoch von Brehm DÖV 1974, 416 überzeugend widerlegt wird.

5) Ebenso Schneider aaO. S. 709

eine unzulässige Verfassungskorrektur durch gemeindliche Satzung bedeuten.[1] Im öffentlich-rechtlich geregelten Benutzungsverhältnis darf die deliktische Haftung also nicht durch gemeindliche Satzung beschränkt werden.[2]

4. Resultat

Als Ergebnis kann festgehalten werden, daß der Benutzer bei privatrechtlicher Gestaltung des Benutzungsverhältnisses sowohl hinsichtlich der Haftung als auch hinsichtlich des Rechtsweges rechtlich schlechter gestellt sein kann als bei öffentlich-rechtlicher Regelung. Ein überragendes öffentliches Interesse an einer privatrechtlichen Gestaltung, das bei einer Interessenabwägung mit den hier tangierten Rechten der Benutzer überwiegen würde, ist jedenfalls nicht ersichtlich. Die Wahl der Rechts- bzw. Organisationsform und der Rechtsnatur des Benutzungsverhältnisses richtet sich in der Praxis vielmehr nach organisationstechnischen und fiskalischen Gesichtspunkten.

Im Rahmen des mit Zwang begründeten und aufrechterhaltenen Benutzungsverhältnisses vermag das hier vorgefundene Resultat das oben gefundene Ergebnis, daß bei der Anordnung des Anschluß- und Benutzungszwangs für eine gemeindliche Einrichtung eine öffentlich-rechtliche Gestaltung des Benutzungsverhältnisses unumgänglich ist, zu erhärten.

---

1) Dazu näher Schneider aaO.; vgl. auch Götz JUS 1971, 352; BGH NJW 1973, 1741 (1743) mwNw.

2) Im Ergebnis ebenso BGH NJW 1973, 1742 f.; Erichsen aaO.; Schwarze aaO.; Schneider aaO.; Brehm aaO.

§ 4 Übertragung "staatlicher" Aufgaben auf Private

Die Übertragung "staatlicher" Aufgaben auf Private ist eine in der Verwaltungspraxis geläufige Erscheinung. Durchgängig lassen sich als Motiv für diese Praxis die Nutzbarmachung privater Sach- und Fachkunde, privater Initiative und privaten Wirtschaftspotentials ausmachen.[1)]

I. Erfüllungsmodalitäten

Der Bereich privater Tätigkeiten auf staatliche Veranlassung hin ist weitgefaßt. Er beinhaltet eine Vielzahl kasuistisch gebildeter Begriffe, die sich häufig decken, überschneiden oder ergänzen, wie z. B. "Beliehene Unternehmer", "Beliehene Verbände", "öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand", "Indienstnahme Privater", "Überbürdung von Verwaltungsaufgaben auf Private", "öffentliche Indienststellung Privater", "Verwaltungshelfer" und "Amtshelfer". Das läßt erkennen, daß eine einheitliche und für alle Fälle gültige Beurteilung schon an der Verschiedenartigkeit der einschlägigen Tatbestände scheitert.[2)]

Das hinder jedoch nicht den Versuch, die Vielzahl der Erscheinungsformen systematisch zu erfassen.[3)] Ossenbühl hat dies mit Erfolg getan.[4)]

---

1) Näher Dagtoglou, Fachmann S. 121 - 139; vgl. auch Martens, Öffentlich S. 131 f.; Ipsen Festschrift für Erich Kaufmann S. 145 ff.

2) So Martens, Öffentlich S. 132

3) Das war auch mit ein Ziel der Staatsrechtslehrertagung 1970 in Speyer

4) VVDStRL 29, 137 ff.

Angesichts der angedeuteten Schwierigkeiten kann es sich dabei selbstverständlich nur um ein grobes Raster handeln. Danach treten private Tätigkeiten aufgrund staatlicher Veranlassung in folgenden Modalitäten auf [1]:

- Handeln des Staates als Privatrechtssubjekt
- Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Private
- Statuierung öffentlich-rechtlicher Bürgerpflichten (Verwaltungsobliegenheiten)
- Staatsentlastendes Privathandeln unter staatlicher Aufsicht
- Staatlich angeregtes und gefördertes Privathandeln
- Staatlich-private Kooperation.

Im Rahmen dieser Untersuchung interessiert nur die Übertragung von staatlichen (Verwaltungs-) Aufgaben.[2] Es stellt sich zunächst die Frage, ob die Übertragung dieser Aufgaben und gegebenenfalls der für deren Erfüllung notwendigen öffentlich-rechtlichen Befugnisse auf Private grundsätzlich zulässig ist und wie sich das Verhältnis des Staates zum "eingespannten" Privaten bestimmt.

Unter welchen Voraussetzungen der konkrete Übertragungsakt zulässig ist und wie die Rechtsbeziehungen zu Dritten auszugestalten sind, hängt so unmittelbar mit der dem Privaten eingeräumten Rechtsstellung zusammen, daß eine für alle Fälle gültige Beurteilung nicht auszumachen ist. Dazu wird später

---

1) Näheres bei Ossenbühl aaO.

2) Das Betreiben einer gemeindlichen Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang ist Erfüllung "staatlicher" Aufgaben; s.o. S. 26 ff.

Stellung zu nehmen sein.[1)]

II. Privater

Vorab bedarf es jedoch einer Klärung des Begriffs des "Privaten". Allgemein versteht man unter einem Privaten jede natürliche oder juristische Person des Privatrechts. Erhält eine Person die Stellung eines Angehörigen des öffentlichen Dienstes, kann sie bei Erfüllung ihrer Aufgaben nicht mehr als Privatperson bezeichnet werden. Nimmt ein Privater Verwaltungsaufgaben wahr, läßt er sich funktionell nicht von einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes unterscheiden.[2)] Eine Abgrenzung zum Verwaltungsangehörigen kann daher nicht von seiner Funktion her erfolgen, sondern muß von seiner Eingliederung bzw. Nichteingliederung in die Staatsorganisation ausgehen.[3)]

Unter dieser Voraussetzung sind als Private diejenigen Personen anzusehen, die nicht Beamte sind,[4)] außerhalb der Staatsorganisation stehen und ihr auch nicht organisatorisch eingegliedert sind.[5)] Sie sind als dem Staat gegenüberstehende grundrechtsgeschützte Bürger anzusehen.[6)] Die Eigenschaft, Privater

---

1) Siehe unten S. 84 ff., 128 ff.

2) Dagtoglou DöV 1970, 533

3) Näheres bei Dagtoglou DöV 1970, 533 ff.; Gause, S. 14; mißverständlich Krautzberger, S. 59

4) Dagtoglou DVBl 1972, 714

5) Vgl. Gause, S. 14; Dagtoglou DöV 1970, 534; ders. Fachmann S. 21 ff.; fraglich ist, ob auch Privatrechtssubjekte des Staates hierunter fallen; bejahend Ossenbühl VVDStRL 29, 144; kritisch dazu Scheuner, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 29, 250

6) Ossenbühl VVDStRL 29, 144

zu sein, geht mit der Übertragung von Verwaltungsaufgaben nicht verloren.

III. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit

Die Übertragung von staatlichen, dem Staat vorbehaltenen Aufgaben auf Private muß einer verfassungsrechtlichen Überprüfung standhalten.

1. Demokratiegebot

Das Demokratiegebot des Art. 20 Abs. 2 GG ist der erste Prüfstein für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Erfüllung staatlicher Aufgaben durch Private. Danach muß die "vollziehende Gewalt" durch "besondere Organe" ausgeübt werden. Diese 2. Satzhälfte des Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG verknüpft die Forderung nach einer mittelbaren und repräsentativen Demokratie mit dem Organisationsprinzip der Dreiteilung der Gewalten.[1] Über die Organisationsform der die vollziehende Gewalt ausübenden besonderen Organe sagt Art. 20 Abs. 2 GG dagegen nichts. Damit ergibt sich aus dem Demokratiegebot kein prinzipielles Verbot der Erfüllung von staatlichen Aufgaben durch Private. Der demokratischen Kontrolle und Legitimation wird dann Rechnung getragen, wenn bestimmte staatliche Aufsichts- und Weisungsrechte bestehen, die je nach Art der übertragenen Aufgaben und Befugnisse unterschiedlich stark ausgeprägt sein müssen.[2]

---

1) von Mangoldt-Klein Art. 20 Anm. V 5 (S. 596); Dürig, in Maunz-Dürig-Herzog Art. 20 Rdn. 50; Ossenbühl VVDStRL 29, 159

2) Im Ergebnis ebenso Huber DVBl 1952, 460; Brohm, S. 218 ff; Ossenbühl VVDStRL 29, 159 ff.

2. Art. 33 Abs. 4 GG

Als weitere Zulässigkeitsschranke für die Übertragung staatlicher Aufgaben auf Private kommt der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG in Betracht. Danach ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe "in der Regel" den Angehörigen des öffentlichen Dienstes übertragen. Aus den Worten "in der Regel" ist nach juristischem Sprachgebrauch zu entnehmen, daß Ausnahmen zulässig sind. Der Begriff impliziert jedoch, daß eine andere Handhabung sich nicht zur Regel entwickeln darf.[1)]

Auch Sinn und Zweck des Art. 33 Abs. 4 GG bestätigen dieses Ergebnis; denn er enthält unter anderem zum Schutz der Bürger die Garantie fach- und sachkundigen Personals.[2)] Die Nutzbarmachung privaten Sachverstandes und privaten Verwaltungspotentials ist aber gerade vornehmlichstes Ziel der Übertragung staatlicher Aufgaben auf Private.

3. Art. 83 - 87 GG

Die Art. 83-87 GG regeln die Kompetenz zur Ausführung der Bundesgesetze. In ihnen prägt sich die föderative Struktur der Bundesrepublik Deutschland aus.[3)] Über die Rechtsformen, in denen die Verwaltungsträger tätig werden sollen, enthalten diese Vorschriften dagegen keine Aussage. Aus dem

---

1) Ebenso Dagtoglou, Fachmann S. 72

2) Brohm, S. 284; Hesse, S. 200 f.; Ossenbühl VVDStRL 29, 162; Maunz, in Maunz-Dürig-Herzog Art. 33 Rdn. 32 mwNw.

3) Greß SKV 1967, 124

Schweigen des Grundgesetzes in Verbindung mit der Tatsache, daß die Übertragung von Verwaltungsaufgaben in unterschiedlichem Umfang schon immer im deutschen Verwaltungsrecht anerkannt ist [1] und somit gewissermaßen zum "vorverfassungsmäßigen Bild"[2] gehört, kann entnommen werden, daß die Übertragung staatlicher Aufgaben auf Private nicht gegen die Ordnung der Art. 83-87 GG verstößt. Andernfalls hätte sich der Verfassungsgeber von diesem "Institut" des Verwaltungsrechts distanzieren müssen.[3]

4. Organisationsrechtliche Bedenken

Für den Bürger wird es allerdings schwieriger, die staatliche Organisationsstruktur zu durchschauen, wenn der Staat nicht als solcher selbst tätig wird, sondern seine Aufgaben durch Private wahrnehmen läßt. Allein daraus kann sich schon ein rechtliches Defizit für den Bürger ergeben, der aus Unwissenheit, dem Staat gegenüberzustehen, von den ihm zustehenden Rechten keinen Gebrauch macht. Auf diese Gefahren der "Rechtsverschleierung" aufgrund undurchsichtiger Organisationsstrukturen hat insbesondere Zacher [4] hingewiesen.

---

1) Dazu Ossenbühl, VVDStRL 29, 163; ders. DÖV 1965, 656; Stern NJW 1958, 695; BVerfGE 21, 54 (62) mit Anm. von Stern-Püttner JZ 1967, 489

2) Ein solches erkennt BVerfGE 21, 54 (62) an.

3) Im Ergebnis ebenso Badura, Verwaltungsmonopol S. 251 f.; Greß SKV 1967, 123 ff.; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S. 540 ff.; Köttgen JÖR 11, 180 ff. (290 ff.); Mennacher, S. 88; Vogel, S. 237; Ossenbühl VVDStRL 29, 163; a.A. Reuß, Staatsbürger II S. 283 ff.

4) VVDStRL 25, 371 ff. (380 ff.)

Billigt man dem Staat auch weitgehende Organisationsfreiheiten zu, darf dennoch nicht der Zusammenhang von Kompetenzen und Grundrechten übersehen werden.[1] Es bestehen daher gewisse "Sperrwirkungen und Direktiven des Rechtsstaatsprinzips und der Grundrechte"[2], die bei der staatlichen Organisation und damit auch bei der Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Private zu beachten sind. Der Status des Bürgers darf in Konsequenz daraus nicht durch eine solche Organisationsmaßnahme geschmälert werden.[3]

Diese aus verfassungsrechtlicher Sicht notwendige Einschränkung staatlicher Organisation wirkt sich zwangsläufig auch auf die Beziehungen des beauftragten Privaten gegenüber den Bürgern (Dritten) aus.[4]

IV. Das Verhältnis Privater - Staat

Das zwischen dem Staat und dem Privaten entstehende Rechtsverhältnis interessiert im Rahmen der Zulässigkeit einer Übertragung von Verwaltungsaufgaben eigentlich nur insoweit, als es sich um ein einseitiges Heranziehen des Privaten durch den Staat - also ohne des Privaten Willen - handelt. In diesem

---

1) Vgl. Ehmke VVDStRL 20, 90; Ossenbühl VVDStRL 29, 165

2) So Ossenbühl aaO. S. 165

3) s.o. S. 48 f; vgl. auch Zacher VVDStRL 25, 372 377; Ossenbühl aaO. S. 165, der in diesem Zusammenhang Schutz vor Rechtsverlust und Rechtsverschleierung und Erhaltung der Rechtssicherheit gewahrt wissen will; Forsthoff, VerwR S. 508

4) Dazu unten S. 128 f.

Zusammenhang könnten grundrechtliche Probleme virulent werden. Da das Betreiben einer öffentlichen Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang aber weitestgehend frei von unternehmerischem Risiko ist, finden sich in der Regel viele Bewerber für die Übernahme solcher Einrichtungen. In der Praxis werden diese dementsprechend freiwillig betrieben.[1] Die angedeutete grundrechtliche Problematik kann daher im Rahmen dieser Abhandlung ausgeklammert werden.

Die weiteren rechtlichen Beziehungen zwischen dem Staat und dem Privaten sind zu sehr von der dem Privaten eingeräumten Stellung abhängig, als daß hierfür allgemeingültige Kriterien bestehen könnten. Im einzelnen wird davon noch später die Rede sein.[2]

Eine grundsätzliche Bemerkung sei an dieser Stelle jedoch noch eingeflochten. Mit Zeidler [3] ist zu konstatieren, daß die Verleihung hoheitlicher Funktionen und Befugnisse an Private, die außerhalb der Kontroll- und Verantwortungssphäre staatlicher Verwaltung stehen, auch als Einladung zur Praktizierung eines staatlich sanktionierten materiellen oder ideellen Gruppenegoismus verstanden werden könnte, und deshalb keineswegs eo ipso die Vermutung für sich hat, als "Staats-Wohl-Tat" und eine besonders ideale Verwirklichung des Demokratieprinzips gelten zu können.[4] Wenn sich schon

---

1) So ist z.B. für die Fernwärmeversorgung in Bochum-Querenburg die Fernwärmeversorgung Universitäts-Wohnstadt Bochum GmbH und für den Schlachthof in Köln die Fleischversorgung Köln GmbH von privaten Trägern gegründet worden.

2) Dazu unten S. 82 ff., 121 ff.

3) DVBl. 1971, 570

4) Vgl. auch Leisner, Privatinteressen als öffentliches Interesse, DÖV 1970, 217 ff.

die Ausbeutung des einen Bürgers durch einen anderen als eine Erscheinung des gesellschaftlichen Lebens nie ganz vermeiden lassen wird, so darf der Staat dem Ausbeutenden hierzu jedoch nicht noch von Amts wegen dazu die Mittel zur Verfügung stellen oder ihm Hoheitsbefugnis verschaffen, "damit er sie als Peitsche über seine Mitmenschen schwingen kann."[1] Je mehr der Staat Private staatsentlastend mit der Wahrnehmung seiner, des Staates, Aufgaben betraut, umso intensiver muß die staatliche Aufsicht als Ausgleich sein.[2]

V. Das Verhältnis Privater - Dritter

Aus dem Vorhergesagten ergibt sich die bereits erhobene Grundforderung[3], die das Verhältnis des Privaten zu Dritten bestimmen muß: durch die Übertragung der Verwaltungsaufgaben auf den Privaten darf sich der Status des Bürgers nicht verschlechtern. Dieser Maxime muß hinsichtlich des Grundrechtsschutzes, des Rechtsweges und der Haftung Rechnung getragen werden. Wie die Rechtsbeziehungen des Privaten zu Dritten dementsprechend im einzelnen auszugestalten sind, hängt von der Rechtsstellung des Privaten ab. Eine allgemeingültige, auf alle Fälle privater Verwaltungstätigkeit zutreffende Antwort läßt sich daher auch hier nicht finden. An dieser Stelle muß es daher sein Bewenden mit der Bemerkung haben, daß der Staat oder Träger öffentlicher Verwaltung bei der Übertragung seiner Aufgaben auf den Privaten diesem eine Rechtsstellung einzuräumen hat, die sich an der obigen Grundforderung orientiert.

---

1) Zeidler DVBl 1971, 570

2) Vgl. auch Leisner aaO. S. 223; Zeidler aaO. S.570; Scheuner, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 29, 249: "Wo der Staat Tätigkeiten an private Unternehmer oder Einrichtungen überläßt, muß er auf der anderen Seite durch strenge Aufsicht dafür sorgen, daß die Interessen der Verwalteten, der betroffenen Bürger, gesichert bleiben."

3) s.o. S. 66 Fn. 3

§ 5 Zulässigkeit privater Trägerschaft gemeindlicher Einrichtungen mit Anschluß- und Benutzungszwang

Es bleibt zu fragen, ob Private auch gemeindliche Einrichtungen mit Anschluß- und Benutzungszwang betreiben dürfen. Zwar können Private - wie soeben aufgezeigt - unter Einhaltung bestimmter Kautelen staatliche Aufgaben wahrnehmen, so daß die öffentlich-rechtliche Natur des Benutzungsverhältnisses der Einrichtung der Übertragung nicht im Wege steht. Doch § 19 nw GO läßt die Anordnung von Anschluß- und Benutzungszwang nur für "gemeindliche" Einrichtungen zu. Auch könnte in der Übertragung die unzulässige Schaffung eines Monopols zugunsten eines Privaten liegen.

I. "Gemeindliche" Einrichtung

§ 19 nw GO ermöglicht den Gemeinden, den Anschluß- und Benutzungszwang für Einrichtungen anzuordnen, die der Volksgesundheit dienen. Dabei handelt es sich um öffentliche Einrichtungen der Gemeinde, kurz gemeindliche Einrichtungen genannt. Gleichwohl ist allgemein anerkannt, daß diese Einrichtungen nicht unbedingt im Eigentum der Gemeinde stehen müssen. Eigentümer können vielmehr auch natürliche oder juristische Personen des Privatrechts sein.[1] Von einer "gemeindlichen" Einrichtung kann in diesem Fall aber nur dann die Rede sein, wenn die Gemeinde sich einen weitgehenden Einfluß auf die

---

1) Vgl. u.a. von Jacobs, S. 24; Gönnenwein S. 515; Kniepmeyer-Richter, S. 68 f.; Masson bayGO Art. 24 Anm. 16; OVG Lüneburg OVGE 25, 345 ff.

Einrichtung vorbehält. So muß die Gemeinde durch entsprechende Vereinbarungen mit dem privaten Träger den Zulassungsanspruch der Benutzer gewährleisten,[1] sich Einfluß auf die Tarifgestaltung[2] sichern und Mißbrauch der Monopolstellung verhindern. Wieweit im einzelnen die Mitsprache- und Mitwirkungsrechte der Gemeinde gehen müssen, ist stark umstritten.

Die wohl überwiegende Meinung[3] sieht die Übertragung einer öffentlichen Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang auf ein Privatrechtssubjekt nur dann als zulässig an, wenn ausschließlich die Gemeinde und nicht der Private zu den Benutzern in Rechtsbeziehungen tritt.[4] Wegen der mit der

---

1) Das ist wesentliches Merkmal öffentlicher Einrichtungen; s.o. S. 12

2) Für die Inanspruchnahme öffentlicher Einrichtungen mit Anschluß- und Benutzungszwang sind Gebühren zu erheben, da die Einrichtungen mit öffentlich-rechtlichen Mitteln betrieben werden (vgl. zum Begriff der Gebühr § 4 II nwKAG; Bauernfeind-Zimmermann § 6 KAG Rdn. 2; Loening-Schmitz § 4 KAG Erl. I 1; Uffhausen, S. 6; BVerfGE 20, 257 (269); BVerwGE 12, 162 (165); für die Bemessung von Gebühren ist sowohl das Kostendeckungsprinzip (vgl. hierzu BVerwGE 2, 251; 12, 162 (165); Ehle DÖV 1962, 45; Menger-Erichsen VerwArch 56 (1965), 390) als auch das Äquivalenzprinzip (vgl. BVerwGE 12, 162 (166); Menger-Erichsen aaO. S. 390) zu beachten.

3) Sie kann entgegen Wietkamp, S. 61, allerdings nicht als "nahezu einhellig" bezeichnet werden.

4) VGH Freiburg DVBl 1953, 635 (636); Kerrl-Weidemann Erl. 6 zu § 18 DGO; Zeitler-Bitter-von-Derschau, S. 95; von Kornatzki, S. 22 ff., 55 ff.; Köttgen, Daseinsvorsorge S. 77 f., 82, 93; Söhn, S. 6; Friedrichs, S. 82; so auch die ständige Rspr. des PrOVG, vgl. PrOVGE 32, 302; 51, 118; 62, 241; Wietkamp, S. 56 mwNw.; auch Forsthoff, obwohl er vom Beliehenen spricht, S. 507 f.

Anordnung des Anschluß- und Benutzungszwangs dem Bürger gegenüber übernommenen Verantwortung müsse die Gemeinde "Herr im Hause" sein.[1] Der Private soll danach nur im Namen der Gemeinde tätig werden dürfen.

Auch die Mindermeinung gesteht der Gemeinde umfangreiche Mitwirkungsrechte zu. Sie "degradiert" den Privaten jedoch nicht zum reinen "Erfüllungsgehilfen", sondern räumt ein, dieser stehe in eigenen Vertragsbeziehungen[2] zu den Benutzern.[3] [4]

In der Praxis ist das Verhältnis umgekehrt. Überwiegend wird den privaten Unternehmern eine weitgehend selbständige Stellung eingeräumt.[5] In letzter Zeit mehren sich aber auch in der Praxis die Fälle, in denen die öffentliche Einrichtung zwar von Privaten wahrgenommen wird, dies aber im Namen der Gemeinde.[6]

---

1) Köttgen, aaO. S. 60

2) Ob privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Art ist umstritten; ob öffentlich-rechtliche Beziehungen zwischen Privaten überhaupt denkbar sind, wird zunehmend - jedoch stets ohne Begründung-bejaht; vgl. Simons, Leistungsstörungen S. 66; Stober, S. 56; Pappermann JZ 1969, 485 (489); Wolff, VerwRI § 44 IIb; an gesetzlichen Regelungen vgl. § 55 nwLWG; Art. 8 Abs. 2 bayJagdG

3) Pappermann JZ 1969, 489; Hurst HBdKW II S. 837; Kunz-Guba-Theissig, Kommentar zur DGO S. 202; OVG Lüneburg OVGE 25, 345 ff. 348, 353 ff.

4) So auch diejenigen, die den solchermaßen beauftragten Privaten als Beliehenen ansehen; Scholz; S. 29 f.; Gönnenwein S. 515; von Jacobs, S. 25 f.; Masson Erl. 16 zu Art. 24 bayGO

5) Diese Praxis billigt nach Mitteilung des NWStB vom 20.3.70 der Innenminister des Landes Nordrhein-Westfalen ausdrücklich in einem Schreiben vom 6.3.70 -AZ: III A 2 1606/69-, wonach lediglich das allgemeine grundsätzlich gleiche Benutzungsrecht aller Einwohner einer Gemeinde zu angemessenen Bedingungen gesichert sein muß.

6) So § 1 der "Satzung für den Schlachtviehgroßmarkt, dem Schlachthof und den Fleischgroßmarkt der Stadt Köln" vom 13.12.1972; ähnlich wird in Minden seit dem 1.1.1974 verfahren, wo der städtische Schlachthof, den die "Trägergesellschaft Schlachthof Minden, Stadt Minden und Westafleisch GmbH, GmbH" betreibt, von der Westafleisch GmbH geführt wird (vgl. SVZ 1974, 65 ff.)

Welcher der beiden Meinungen zuzustimmen ist, wird sich später erweisen müssen.[1)]

II. Anschluß- und Benutzungszwang zugunsten privater Unternehmer

Letzte Zweifel an der Zulässigkeit der Trägerschaft privater Rechtssubjekte an öffentlichen Einrichtungen müssen ausgeräumt werden.

1. Mißverständliche Formulierungen

Das hier zur Untersuchung anstehende Thema ist zuweilen auch mißverständlich unter dem Stichwort "Anschluß- und Benutzungszwang zugunsten privater Unternehmer"[2)] diskutiert worden. So gestellt, stößt die Frage der Zulässigkeit der Anordnung des Anschluß- und Benutzungszwangs auf berechtigte Zweifel, denn eine solche "zugunsten" einer Privatperson darf es nicht geben. Es würde schon an den Voraussetzungen des § 19 nwGO fehlen, wonach ein "dringendes öffentliches Bedürfnis" für eine Einrichtung, die der Volksgesundheit dient, gegeben sein muß. Wenn aber die Voraussetzungen des § 19 nwGO vorliegen und dieEinrichtung von einem Privaten betrieben wird, handelt es sich nicht um einen "Anschluß- und Benutzungszwang zugunsten Privater."[3)] Der Anschluß- und Benutzungszwang besteht vielmehr gegen und "zugunsten" der Verpflichteten und "zugunsten" der Volksgesundheit, also der Allgemeinheit.

---

1) Näheres unten S. 77 ff.

2) So die gleichlautende Diss. von Kornatzki; vgl. auch Wietkamp, S. 56

3) Das räumt auch Wietkamp, S. 60 b. Fn. 1 ein: "Anschluß- und Benutzungszwang zugunsten privater Unternehmer" sei ungenau, da zu ihren Gunsten ja kein Anschluß- und Benutzungszwang zulässig sei.

2. Verfassungsrechtliche Bedenken

a. Enteignung zugunsten Privater

Die Frage, ob die Anordnung des Anschluß- und Benutzungszwangs für öffentliche Einrichtungen, die von Privaten getragen werden, eine "Enteignung zugunsten Privater" [1] bedeutet, stellt sich nur dann, wenn die Anordnung des Anschluß- und Benutzungszwangs tatsächliche eine Enteignung darstellt.[2] Legt man jedoch § 19 nwGO verfassungskonform aus, so kann dieser wegen der fehlenden, nach Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG erforderlichen Entschädigungsregelung nicht Ermächtigungsgrundlage für enteignende Maßnahmen sein. Eine zulässige Anordnung des Anschluß- und Benutzungszwangs kann daher keine Enteignung beinhalten.[3]

---

1) Vgl. zum Ganzen: Bullinger, Der Staat, 1962, 449 ff.

2) Die h.M. sieht in der Anordnung des Anschluß- und Benutzungszwangs nicht die Möglichkeit einer Enteignung, in der Regel mit der Begründung, die entsprechende Satzung bestimme lediglich Inhalt und Schranken des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 GG); vgl. Gallwas BayVBl 1965, 40 ff.; Gönnenwein, S. 517; David, S. 122; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht II S. 28; Hurst HBdKW II S. 873; Helmreich-Widtmann Art. 24 bayGO Anm. 11; Masson Art. 24 bayGO Erl. 15; BayVGH DöV 1962, 426; RGZ 84, 96; 133, 124; BGHZ 40, 355 ff. (365 f.); zutreffend jedoch konstatiert die Mindermeinung, daß sich die Anordnung des Anschluß- und Benutzungszwangs als Enteignung auswirken kann mit den entsprechenden Konsequenzen aus Art. 14 Abs. 3 GG; Vgl. Badura, Verwaltungsmonopol S. 120; von Jacobs, S. 103 ff.; Jesch DöV 1962, 428; Köttgen, Daseinsvorsorge S.54, Schick DöV 1962, 934; Wolff, VerwR II § 99 III c; näheres bei Wietkamp, S. 135 ff.; Söhn, Eigentumsrechtliche Probleme des Anschluß- und Benutzungszwangs, Diss. jur. München 1965

3) Näher dazu Söhn, aaO.

Darüberhinaus begegnet die Fragestellung der gleichen Kritik wie die Frage nach dem "Anschluß- und Benutzungszwang zugunsten Privater".[1)]

b. Ungleichbehandlung gegenüber anderen privaten Unternehmern - Art. 12 iVm. Art. 3 GG ?

Bei der Beauftragung eines Privaten mit der Wahrnehmung der Aufgaben einer gemeindlichen Einrichtung stellt sich auch das Problem einer Verletzung des Art. 12 iVm. Art. 3 GG anderen Privatunternehmern gegenüber. Es geht dabei nicht um die grundsätzliche Problematik, ob die Anordnung von Anschluß- und Benutzungszwang die in Art. 12 GG garantierte Berufsfreiheit verletzt, die hier ausgeklammert worden ist.[2)] Das Problem stellt sich vielmehr so: wird bei der Übertragung auf einen Privaten nicht ein Monopol geschaffen, das unter Ausschaltung sämtlicher anderer privater Unternehmer einem Unternehmer zugutekommt?

Mit seinem Beschluß vom 16.3.71 hat das BVerfG [3)] ausdrücklich das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG einbezogen: "Werden durch eine Berufsausübungsregelung, die im ganzen verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist, innerhalb der betroffenen Berufsgruppe nicht nur einzelne, aus dem Rahmen fallende Sonderfälle, sondern bestimmte, wenn auch zahlenmäßig begrenzte Gruppen typischer Fälle ohne zurei-

---

1) s. o. S. 73

2) s.o. S. 4 f; eine Verletzung von Art. 12 GG durch die Anordnung des Anschluß- und Benutzungszwangs wird von einer weitverbreiteten Meinung für möglich gehalten. Die gemeindliche Satzung ist danach nur zulässig, wenn die Anordnung des Anschluß- und Benutzungszwangs zum Schutze eines überragend wichtigen Gemeinschaftsguts unabweisbar geboten ist: vgl. Schick DÖV 1962, 932; Jesch DÖV 1962, 429; Söhn, S. 105; Vogel S. 77; Badura, Verwaltungsmonopol S. 121; Köttgen, Daseinsvorsorge S. 42; Thieme JZ 1961, 280 ff.; BVerwG DÖV 1970, 824; keinen Verstoß gegen Art. 12 GG halten für möglich: BayVGH VerwRspr. 12, 331 ff.(336 f.); BayVGH DÖV 1962, 426 f.; Bachof, Grundrechte S. 201 f.

3) BVerfGE 30, 329 ff.= NJW 1971, 1255 ff.

chende sachliche Gründe wesentlich stärker belastet, dann kann Art. 12 GG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG verletzt sein." [1]

Unter der Prämisse, daß die Anordnung des Anschluß- und Benutzungszwangs die durch Art. 12 GG geschützte Berufsfreiheit nicht verletzt [2], kann die Wahrnehmung der Aufgaben der betreffenden Einrichtungen auch keinen Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 iVm. Art. 3 Abs. 1 GG enthalten. Denn die Anordnung des Anschluß- und Benutzungszwangs für eine gemeindliche Einrichtung schafft in zulässiger Weise ein Gemeindemonopol.[3] Die Monopolisierung läßt sich als Zuweisung einer als Beruf denkbaren Tätigkeit durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes an den Staat oder einen Träger mittelbarer Staatsverwaltung unter gleichzeitiger Ausschließung jeglicher Konkurrenz definieren. [4] Ist diese Zuweisung wirksam zustandegekommen, scheidet dieser bestimmte Tätigkeitsbereich als freier (Unternehmer-) Beruf aus dem Schutzbereich des Art. 12 GG aus.[5] Der Private wird nicht als privater Unternehmer anderen privaten Unternehmerr gegenüber bevorzugt behandelt, vielmehr hört dieser auf, privater Unternehmer mit einem freien Beruf zu sein. Er ist in irgendeiner Weise in die Verwaltung einbezogen.[6]

---

1) BVerfG NJW 1971, 1255 (1259)

2) Die Voraussetzungen des "dringenden öffentlichen Bedürfnisses" und "der Volksgesundheit dienende Einrichtung" bedingen, daß Anschluß- und Benutzungszwang nur zum Schutze eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes angeordnet werden darf, mithin die Voraussetzungen für eine zulässige Einschränkung des Art. 12 GG implizieren; vgl. auch oben S. 35 Fn. 2 ; vgl. auch BVerfGE 21,249; BVerwGE 39, 168

3) Näheres dazu Schick DÖV 1962, 931 ff.

4) So auch Schick aaO. S. 932; Vgl. auch Fleiner S. 341;Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 481

5) Vgl. Bachof, Grundrechte, S. 201 f.; BVerfGE 11, 40; Schick DÖV 1962, 931 ff.

6) Näheres unten S. 113 ff; im Ergebnis ebenso von Kornatzki, S. 45 ff.

Jedoch ist eine Tangierung des Art. 3 GG - isoliert gesehen - denkbar. Aus dem Gleichheitsgrundsatz ergibt sich das Gebot der gleichen Begünstigung.[1] Für den Fall, daß mehrere private Unternehmer sich der Gemeinde für die zu verrichtenden staatlichen Aufgaben anbieten, bedarf es daher sachgerechter Abwägung.

III. Rechtsstellung des Privaten

Nach alledem können Private durchaus als Träger öffentlicher Einrichtungen mit Anschluß- und Benutzungszwang fungieren. Die Gemeinde darf dem Privaten nach den oben entwickelten Grundsätzen[2] aber nur eine solche Rechtsstellung einräumen, die den Benutzer der Einrichtung nicht mehr belastet, als wenn die Gemeinde sie selbst wahrnähme.

In diesem Zusammenhang werden diesen Voraussetzungen gemäß immer wieder zwei Rechtsfiguren genannt: zum einen die des Beliehenen[3] und zum anderen die unterschiedlich bezeichnete Rechtsfigur eines Erfüllungsgehilfen[4], Amtshelfers[5] oder Verwaltungshelfers[6]. Während man die vieldiskutierte Rechtsfigur des Beliehenen irrtümlicherweise doch einigermaßen zu kennen glaubt[7], zeigt hinsichtlich der alternativ

---

1) Scheuner VVDStRL 11, 73; Wallerath, Die Selbstbindung der Verwaltung, 1968 S. 70 ff.; Martens, Festschrift für H.J. Wolff, S. 440

2) s. o. S. 48 ff.

3) So Gönnenwein S. 515; von Jacobs,S. 25; Scholz, S. 29; Masson Art. 24 bayGO Anm. 16; Hurst HBdKW II S. 851 f.

4) Zuhorn-Hoppe, S. 150; VGH Freiburg DVBl 1953,635 (636)

5) Stober, Schüler als Amtshelfer, Berlin 1972

6) Dieser Begriff wird hier zugrundegelegt werden.

7) Vgl. JA 1969 ÖR 223 (745)

genannten Rechtsfigur schon der Rückgriff auf die verschiedensten Begriffe, daß die Diskussion um diese noch weitgehend ungeklärt ist. Der Frage nach der Rechtsstellung des Privaten muß daher eine begriffliche Klärung der jeweiligen Rechtsfigur vorhergehen.

§ 6 Der Private als Beliehener

Unsere Rechtsordnung kennt seit langem das Institut der Beleihung.[1] Dennoch hat es bis heute keine vollauf akzeptable Eingrenzung erfahren.[2] Eine übermäßige Strapazierung dieses Begriffs konnte daher nicht ausbleiben.[3] So werden als Beliehene in einem Atemzuge unter anderem genannt: Notare[4], Schiffs- und Flugkapitäne[5], Schiedsmänner[6], Feld- und Forsthüter[7], freiberufliche Fleischbeschauer[8], Bezirksschornsteinfeger[9], Sachverständige der Technischen Überwachungsvereine[10] und Schülerlotsen.[11]

---

1) Dazu Steiner DöV 1970, 526 ff. (527 f.)

2) Vgl. auch Brohm, S. 203; Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959 S. 53

3) Hiervor hat Martens, Öffentlich S. 133, gewarnt.

4) Brand, Die Rechtsstellung des Beliehenen, Diss. Münster 1953, S. 13; Wolff, VerwR II § 104 I b; kritisch Michaelis, S. 116 ff.

5) Vgl. Cantner, S. 52; Mennacher, S. 143

6) Wolff, VerwR II § 104 I b

7) Wolff aaO.

8) BVerwGE 29, 166; Michaelis, S. 90 ff.

9) Wolff, VerwR II § 104 I b; anders aber OLG Hamm NJW 1972, 2088

10) Mennacher, S. 143 f.

11) OLG Köln NJW 1968, 655; Zulegg DöV 1970, 627 ff.; zu Recht kritisch Martens NJW 1970, 1029

Angesichts dieser verwirrenden Vielfalt von Erscheinungen, die in das Bild des Beliehenen gepreßt werden, wäre es an sich notwendig, eine grundlegende begriffliche Einordnung zu schaffen. Das würde aber den Rahmen dieser Untersuchung sprengen. Die Probleme können daher nur skizzenhaft aufgezeigt werden.

I. Rechtliche Konstruktion

Die Diskussion um die rechtliche Inhaltsbestimmung des Begriffs desBeliehenen wird kontrovers geführt. Im wesentlichen geht es um den Gegenstand der Beleihung. Dabei stehen sich hauptsächlich die Aufgaben- und die Rechtsstellungs- bzw. Befugnistheorie gegenüber.

1. Aufgabentheorie

Die Vertreter der Aufgabentheorie[1] sehen das entscheidende Merkmal der Beleihung inder Übertragung von Staatsfunktionen an Privatrechtssubjekte, d. h., es steht die Beleihung mit öffentlichen Aufgaben[2], einem "Stück öffentlicher Verwaltung"[3] im Vordergrund. Dabei wird davon ausgegangen, daß es einen Bereich wesensmäßig staatlicher Tätigkeiten gibt und einen Bereich, der dem Staat speziell durch Gesetz vorbehalten wird.

---

1) u. a. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S.533; Bachof AöR 83, 242; Fischerhof DöV 1957, 311; Richter VVDStRL 6, 89 ff.; O. Mayer, Dt. VerwR II S. 95, 244; Nebinger, VerwR AT S. 13, 120

2) Diese sind wohl iSd. hier gebrauchten Begriffs der "staatlichen" Aufgaben zu verstehen.

3) O. Mayer aaO. S. 95

2. Rechtsstellungstheorie

Dagegen ist nach der Rechtsstellungs- bzw. Befugnistheorie[1] Beliehener, "wem vom Staat echte Hoheitsbefugnisse verliehen worden sind, d.h. wem der Staat in einem begrenzten Bereich die sonst ausschließlich ihm vorbehaltene Macht übertragen hat, Rechtsverhältnisse des öffentlichen und des privaten Rechts über die im allgemeinen Recht vorgesehene Möglichkeit hinaus zu begründen, zu ändern und aufzuheben."[2]

3. Kritik

Die Aufgabentheorie vermag nicht zu befriedigen, da sich das Fehlen einer auch nur im Ansatz befriedigenden Staatsaufgabenlehre direkt auf sie auswirkt.[3] Spezifisch staatliche Aufgaben sind bis auf einen ganz beschränkten Kernbereich[4] nicht nachweisbar.[5] Insbesondere vermag die Aufgabentheorie die Beleihung nicht befriedigend von der immer stärker zutagetretenden öffentlichen Verwaltung in privatrechtlichen Formen abzugrenzen; denn auch mit privatrechtlichen Mitteln können - wie dargelegt - staatliche Aufgaben wahrgenommen werden.

---

1) u.a. Menger AöR 78, 160; Peters, Festschrift für Nipperdey II S. 894; Scholz, S. 29; Siedentopf, S. 62 ff.; Vogel, S. 81 ff.; Terrahe, S. 63, 68; Badura, Verwaltungsmonopol S. 250, 252

2) Vogel, S. 81

3) s. o. S. 28ff.

4) Dessen Bandbreite ist umstritten; s.o. S. 28 ff.

5) Vogel, S. 78; ähnlich Brohm, S. 211; Mennacher, S. 19 ff., 22; Martens, Öffentlich S. 131; selbst wenn es sie gäbe, wären sie nicht ein für allemal abschließend festgelegt, wie bereits oben nachgewiesen wurde; s. o. S. 28 ff.

Der Hinweis auf die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben allein kann das Institut der Beleihung also nicht vollständig charakterisieren. Vielmehr muß als typisches Merkmal der Beleihung die Übertragung öffentlich-rechtlicher Kompetenzen hinzukommen.[1] Insoweit enthält die Rechtsstellungstheorie durchaus den richtigen Ansatzpunkt, wenn sie von der Verleihung "echter Hoheitsbefugnisse"[2] oder "obrigkeitlicher Gewalt"[3] spricht. Ihr muß aber ein verengtes Blickfeld vorgeworfen werden, da sie zum einen Befehls- und Zwangsgewalt als ausschließlich dem Staat zukommende Macht betrachtet,[4] zum anderen die Staatsfunktion auf obrigkeitliche Befugnisse beschränkt.[5] Diese Verengung des Rechtsinstituts der Beleihung ist durch nichts gerechtfertigt. Sie schließt damit unzulässigerweise den Bereich der nichtobrigkeitlich-hoheitlichen Verwaltungstätigkeit[6] aus diesem Rechtsinstitut aus. Zwar ist der öffentlich-rechtliche Charakter schlichter Verwaltungstätigkeit als solcher schwer zu ermitteln;[7] doch wenn man anerkennt, daß Hoheitskompetenzen nicht nur obrigkeitlich, sondern auch nichtobrigkeitlich-hoheitlich wahrgenommen werden können,[8] muß auch eine Be-

---

1) So Brohm, S. 210; Steiner JUS 1969, 71; Michaelis, S. 69

2) Vogel, S. 81

3) Mennacher, S. 32

4) Wie hier Brohm, S. 210 mit zutreffenden Hinweisen auf Befehls- und Zwangsgewalt im Zivilrecht: elterliche Gewalt; Nothilfe; Notwehr; Befehlsgewalt kraft arbeitsrechtlichen Dienstvertrages.

5) Ebenso Steiner JUS 1969, 71; Brohm, S. 210; vgl. auch Ossenbühl, DVBl 1974, 541

6) Auch als schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln bezeichnet

7) s.o. S.36 f.; insoweit stößt man hier wieder auf Merkmale und Probleme der Aufgabentheorie

8) s. o. S.36

leihung in diesen Formen möglich sein.[1)]

Aufgaben- und Rechtsstellungstheorie ergänzen sich als Folgerung hieraus und dürfen deshalb nicht isoliert betrachtet werden.[2)]

Der Beliehene ist danach ein Privatrechtssubjekt[3)], dem zum Zwecke der selbständigen Wahrnehmung staatlicher Aufgaben (im eigenen Namen) hoheitliche Kompetenzen übertragen werden.

4. Folgerung

Anhand dieses Begriffs des Beliehenen muß ermittelt werden, ob der Private, der eine öffentliche Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang betreibt, zutreffenderweise als Beliehener qualifiziert werden kann.[4)] So kann fraglich sein, ob die selbständige Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben mit der Forderung nach Einfluß der Gemeinde auf das Gebaren des Trägers der Einrichtung vereinbar ist und ob gewährleistet ist, daß der Benutzer nicht schlechtergestellt ist als bei gemeindlicher Trägerschaft. Des weiteren bleibt zu klären, ob die Gemeinde eine Beleihung zwecks Betreibens einer öffentlichen Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang vornehmen kann.

---

1) Im Ergebnis ebenso Steiner JUS 1969, 71; Wolff, VerwR II § 104 II b; Brohm, S. 206; BVerfGE 17, 371 ff.

2) Wie hier Steiner JUS 1969, 70; Gallwas VVDStRL 29, 222; von Mutius VerwArch 62 (1971), 300 (302)

3) Die Übertragung staatlicher Aufgaben auf juristische Personen des öffentlichen Rechts sollte man nicht in diesen Begriff einbeziehen; so aber Wolff, VerwR II § 104 I b a.E., § 101 VIII b, der dies allerdings nur als Ausnahme zulassen will; wie hier Menger AöR 78, 160 Fn. 58; Steiner JUS 1969, 70

4) Vgl. oben S. 71 Fn. 4

II. Verhältnis Staat - Beliehener

Im Verhältnis des Staates bzw. des sonst beleihenden Trägers öffentlicher Verwaltung zum Beliehenen ist, sowohl was dessen Stellung "innerhalb" der Staatsorganisation als auch die Aufsichts- und Weisungsbefugnisse ihm gegenüber anbetrifft, noch vieles unklar [1]. So wird teilweise der Beliehene als Organ derjenigen juristischen Person des öffentlichen Rechts angesehen, die ihm zur Wahrnehmung staatlicher Aufgaben hoheitliche Kompetenzen übertragen hat.[2] Als Organ im normativen Sinne kann man das durch organisatorische Rechtssätze gebildete Subjekt definieren, das Angelegenheiten einer Organisation (des Organträgers) wahrnimmt.[3] Rechtshandlungen des Organs sind stets dem Organträger zuzurechnen. Demnach wäre der Beliehene unmittelbar in die Staatsorganisation eingegliedert.

Wesentliche Merkmale des Beliehenen lassen sich aber mit dem Begriff des Organs nicht in Einklang bringen. Zum einen bleibt der Beliehene weiterhin dem Wesen nach auch Privatrechtssubjekt. Die Beleihung bedeutet für den beliehenen Privaten nur die Einräumung zusätzlicher öffentlich-rechtlicher Rechte und Pflichten. [4] Zum anderen wird das Organ

---

1) Auf die Rechte und Pflichten des Beliehenen innerhalb dieser Untersuchung einzugehen, würde zu weit vom Thema wegführen. Es sei daher auf die entsprechenden Ausführungen bei Mennacher, S. 155 ff. und Michaelis, S. 154 ff. verwiesen.

2) So Wolff, VerwR II § 104 I c; Obermayer, Verwaltungsakt S. 61; Sprengel JZ 1952, 138 mwNw.

3) Wolff VerwR II § 74 a; ähnlich Terrahe, S. 3 f.; Enneccerus-Nipperdey II § 103; VerfGH NW OVGE 9, 74 LS 2

4) Ebenso Mennacher, S. 163; vgl. auch oben S.62 der Private wird eben dadurch gekennzeichnet, daß er nicht unmittelbar in die Staatsorganisation eingegliedert ist.

erst durch die Zuweisung öffentlich-rechtlicher Kompetenzen geschaffen, während er Beliehene als Privatrechtssubjekt bereits als Träger von Rechten und Pflichten existiert.[1] Weiteres Charakteristikum des Beliehenen ist dessen selbständige Rechtspersönlichkeit. Er handelt selbständig und - das ist hier bedeutsam - seine Handlung wird ihm, dem Beliehenen, zugerechnet; er übt seine Befugnisse im eigenen Namen aus.[2] Konsequenterweise kann der Beliehene nicht als in die Staatsverwaltung eingegliedert angesehen werden; er ist ihr vielmehr lediglich angegliedert.[3] Man wird daher im Zusammenhang mit dem Beliehenen von mittelbarer Staatsverwaltung reden dürfen.

Diese Aussage ist auch entscheidend für die Frage, inwieweit der Beliehene der Aufsicht des Staates unterliegt. Soweit der Beliehene hoheitliche Kompetenzen wahrnimmt, kann unter eben diesem Vorbehalt eine Parallele zwischen ihm und Organisationen des öffentlichen Rechts gesehen werden.[4] Daraus unmittelbar zu folgern, der Beliehene unterstehe staatlichem Aufsichts- und Weisungsrecht[5], begegnet in dieser Form Bedenken. Zum einen muß bezweifelt werden, daß staatliches Aufsichtsrecht wesensmäßig zur Organisation des öffentlichen Rechts ge-

---

1) Terrahe, S. 87

2) Vgl. Steiner JUS 1969, 70; Jellinek, S. 526; Richter VVDStRL 6, 89; Wolff, VerwR II § 104 I b; Terrahe, S. 87; BayVGH BayVGHE n.F. 6,74

3) Im Ergebnis ebenso Terrahe, S. 87; Mennacher, S. 164; Wolff, VerwR II § 104 I c; Gause, S. 53

4) Maunz, in Maunz-Dürig-Herzog Art. 84 Rdn.23 Fn.1; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S. 541 f.; Brohm, S. 222; ähnlich Mennacher, S. 163 f.

5) Das Aufsichtsrecht der Verwaltung über "Beliehene" wird vielfach aus einem ungeschriebenen Prinzip des Verfassungsrechts begründet; jede Delegation unkontrollierter hoheitlicher Kompetenzen sprenge die Einheit des Staates und führe zu unabhängigen Machtpositionen außerhalb der Staatsorganisation; vgl. Fn. 4 ; Wolff, VerwR II § 77 II b 3; kritisch Brohm, S. 218 ff.

hört.[1] Zum anderen läßt sich das Aufsichtsrecht des Staates nicht als feste Komponente bestimmen, da es eine abgestimmte Klaviatur von Aufsichtsrechten verschiedener Intensität gibt.[2] Aus rechtsstaatlichen Grundsätzen[3] folgt zwar die Pflicht, bei einer Beleihung durch Aufsicht dafür zu sorgen, daß die Interessen der Bürger gesichert bleiben.[4] Das bedeutet jedoch nicht schon, daß der Staat stets ein umfassendes Weisungsrecht haben muß. Vielmehr ist die Intensität der Aufsicht dem Grade der verliehenen hoheitlichen Kompetenzen so anzupassen, daß der oben entwickelte Grundsatz, die Rechtssphäre des Bürgers dürfe nicht durch die Übertragung staatlicher Aufgaben auf Private geschmälert werden, gewahrt bleibt.[5]

III. Das Verhältnis "Beliehener" - Dritter

Wesentliche Kriterien der Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Private, insbesondere in dem Zusammenhang mit dem Betreiben einer öffentlichen Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang ergeben sich - wie bereits mehrfach erwähnt [6] - aus den

---

1) Vgl. auch Mennacher, S. 159; Moecke NJW 1965, 276 ff., (280); Brohm, S. 223; Salzwedel, VVDStRL 22, 255 ff.

2) z.B. unbegrenztes Weisungsrecht; unterschiedliche Stufen der Zweckmäßigkeits- (Fach-)aufsicht; bloße Rechtsaufsicht; vgl. Bachof JZ 1966, 98 Nr. 55 f.; Bullinger VVDStRL 22, 285 Fn. 95; Brohm S. 223; Heckel DöV 1952, 618

3) Hier müssen die in Fn. 5 S. 83 angestellten Überlegungen einfließen.

4) Vgl. oben S. 69 ff.

5) Im Ergebnis wie hier Mennacher, S. 159; Brohm S. 223, der für eine solche Kontrollbefugnis der Verwaltung gar einen besonderen Rechtstitel verlangt.

6) s.o. S. 48 ff.

Beziehungen des Privaten zu Dritten (den Benutzern). Vor allem geht es um den Grundrechtsschutz des Dritten, um Rechtswegs- und Haftungsfragen. Vornehmlich unter diesem Aspekt soll auch das Verhältnis des Beliehenen zu Dritten betrachtet werden.

1. Die Maßnahmen des Beliehenen gegenüber Dritten

Welche Maßnahmen der Beliehene gegenüber Dritten zu ergreifen oder anzuordnen befugt ist, ergibt sich aus der ihm verliehenen Hoheitsmacht. Bleiben wir bei unserem Ausgangspunkt, daß der Beliehene eine öffentliche Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang betreiben soll, so kann die Gemeinde - vorausgesetzt sie hat die Rechtsmacht, eine Beleihung vorzunehmen[1] - dem Privaten einmal lediglich die tatsächlichen Handlungsformen, das einfache Betreiben überlassen, das oben als nichtobrigkeitlich- bzw. schlicht-hoheitliches Handeln ausgemacht wurde.[2] Für den Fall, daß Zwangsmaßnahmen notwendig werden, greift die Gemeinde dann selbst ein. Der Beliehene setzt bei dieser Alternative lediglich Realakte.[3]

Zum anderen kann die Gemeinde - unter obigem Vorbehalt - dem Beliehenen Befehls- und Zwangsbefugnisse zur selbständigen Ausübung übertragen. Für diesen Fall ist umstritten, ob der solchermaßen "ausgerüstete" Beliehene gegenüber Dritten Verwaltungsakte setzen kann.[4] Die Antwort auf diese Frage hängt davon ob, ob man den Beliehenen als Verwaltungsbe-

---

1) umstritten ; näheres unten S. 91 ff.

2) Vgl. oben S. 37 ; zu einem anderen Ergebnis müssen die Vertreter der Rechtsstellungstheorie kommen.

3) die hier jedoch nicht -wie sich aus dem Vorhergesagten ergibt- "rechtskategorial indifferent oder ambivalent" (so Erichsen JR 1972, 130 über Realakte), sondern öffentlich-rechtlich zu charakterisieren sind.

4) Dafür: die überwiegende Meinung; vgl. u.a.Wolff, VerwR II § 76 I c 5 und § 104 V b; Eyermann-Fröhler, VwGO § 42 Rdn.64; Ule, VwGO § 42 IV 1 h a.E. (S. 146); Schunck-de Clerck, VwGO § 42 Anm. 2 b bb; Redeker-von Oertzen, VwGO § 42 Rdn.44; Obermayer, Verwaltungsakt S. 67; BVerwGE 17, 41 f.; dagegen Forsthoff, VerwR S. 190; BGH BB 1951, 755

hörde im Sinne der allgemeinen Formel des Verwaltungsaktes betrachtet, mithin also von der Definition des Begriffs der Verwaltungsbehörde.[1)]

Im Hinblick auf die Generalklausel des § 40 VwGO und eingedenk der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG ist der Begriff der Verwaltungsbehörde iSd. Verwaltungsaktsbegriffs und des Verwaltungsgerichtsverfahrens weit zu fassen.[2)] Er umfaßt demnach alle Stellen, die typischerweise Verwaltungsaufgaben erfüllen.[3)] Der mit Befehls- und Zwangsgewalt ausgestattete Beliehene ist also Verwaltungsbehörde in diesem Sinne.

2. Grundsatz der Gesetzmäßigkeit und Grundrechtsbindung

Der Beliehene als Träger mittelbarer Staatsverwaltung ist - soweit er als solcher tätig wird - an den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gebunden. Dies wird man schon aus dem Vorhergesagten folgern dürfen. Ihre zwingende Begründung findet diese Aussage aber in Art. 20 Abs. 3 GG, der die vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht bindet. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit ist damit eines der wesentlichen Elemente des Rechtsstaatsbegriffs.[4)]

---

1) Vgl. näher Michaelis, S. 189 ff.; Wolff, VerwR I § 46 II, jeweils mwNw.

2) Überwiegende Meinung; u.a. Ule, Verwaltungsprozeß S. 115; BVerwG DÖV 1958, 660 f.; Eyermann-Fröhler, VwGO § 42 Rdn. 64 ff. mwNw.

3) Ebenso Michaelis, S. 191; vgl. auch § 1 III des Entwurfes für ein Verwaltungsverfahrensgesetz 1973 (BT Drs. 7/910): "Behörde im Sinne dieses Gesetzes ist jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt."

4) Vgl. Huber DÖV 1956, 203; von Mangoldt-Klein Art. 20 Anm. VI 4 (S. 602); Maunz, in Maunz-Dürig-Herzog Art. 20 Rdn. 124

Alles Verwaltungshandeln (= vollziehende Gewalt) muß sich danach - im Einklang mit Art. 33 Abs. 4 GG unabhängig davon, ob ein beamteter (staatlicher) oder privatrechtlicher Träger dieses vornimmt - [1] auf die Verfassung oder ein Gesetz im formellen Sinne zurückführen lassen.[2]

Auch die Bindung des Beliehenen an die Grundrechte stellt nach dem Vorhergesagten kein Problem der Drittwirkung der Grundrechte dar, sondern folgt unmittelbar aus Art. 20 Abs. 3 iVm. Art. 1 Abs. 3 GG.[3]

3. Rechtsweg

Wenn man wie hier den Beliehenen als Verwaltungsbehörde iSd. Verwaltungsaktsbegriffs betrachtet, folgt daraus unmittelbar, daß für Streitigkeiten zwischen dem Dritten (Benutzer) und dem Beliehenen der Verwaltungsrechtsweg gegeben ist.[4] Umstritten ist allerdings, ob der Beliehene im Verwaltungsprozeß passivlegitimiert ist, oder ob dies nicht vielmehr der beleihende Träger öffentlicher Verwaltung ist.[5] § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO differenziert zwischen dem Begriff der Behörde und Körperschaft.

---

1) s. o. S. 64

2) Vgl. auch Maunz, in Maunz-Dürig-Herzog Art. 20 Rdn. 124

3) Vgl. auch Wolff, VerwR I § 30 II b 1; Michaelis S. 195 ff.; Dürig, in Maunz-Dürig-Herzog Art. 1 Rdn. 107; von Mangoldt-Klein Art. 1 Anm. III 6; Nipperdey, Grundrechte II S. 17 ff.; Ossenbühl VVDStRL 29, 192; Zeidler VVDStRL 19; 208 ff.; BVerfGE 10, 302 (327); zweifelnd Rupp, Privateigentum S. 24 ff., der jedoch von Michaelis aaO. überzeugend widerlegt wird.

4) h. M.; statt vieler Ossenbühl VVDStRL 29, 193 f.

5) So VG Kassel RWS 1962, 246 f.

Daß der Beliehene Verwaltungsbehörde iSd. Verwaltungsaktsbegriffs ist, wurde bereits konstatiert. Geht man von einem einheitlichen Behördenbegriff der VwGO aus, gilt diese Feststellung gleichermaßen für § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO. Passivlegitimiert nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO soll aber nicht die Behörde sein, sondern der Hoheitsträger, für den und in dessen Namen die Behörde handelt. Der Beliehene ist selbständig und im eigenen Namen handelnder Hoheitsträger.Er ist daher zugleich "Behörde" und "Körperschaft" iSv. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO und somit passivlegitimiert im Verwaltungsstreitverfahren.[1)]

4. Haftung

Soweit der Beliehene innerhalb seines hoheitlichen Kompetenzbereichs tätig wird, sind bei deliktischen Handlungen nach einhelliger Meinung die Grundsätze der Amtshaftung anzuwenden.[2)] Streitigkeiten ergeben sich erst bei deren Anwendung.

Abgesehen von den Streitpunkten, die in dem Tatbestandskomplex des Art. 34 S. 1 GG ("in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes") angelegt sind,[3)] wird die Frage gestellt, wer haftender Hoheitsträger ist. Ist der Beliehene eine natürliche

---

1) Im Ergebnis wie hier Michaelis, S. 209 f.; Mennacher, S. 165; Ossenbühl aaO.; Eyermann-Fröhler, VwGO § 78 Rdn. 1; Steiner JUS 1969, 75 ; Wolff, VerwR II § 104 V b

2) u.a. BGHZ 36, 194; BGH NJW 1968, 445; LG Berlin NJW 1967, 1663 f. jeweils mwNw.; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S. 546; Wolff, VerwR II § 104 V b; Steiner JUS 1969, 75; Zuleeg DöV 1970, 627 ff.; Gammelin, S. 97

3) Eingehend und instruktiv Gammelin, S. 59 ff.

Person, so haftet der beleihende Hoheitsträger, der dem Privaten das "Amt" anvertraut hat. [1)2)] Das ist sachgerecht, weil dieser sich den Privaten aussuchen kann, den er mit besonderen Rechten beleiht.

Ist dagegen eine juristische Person des Privatrechts Beliehener, wird eine Antwort diffiziler. Ausgehen muß sie von Art. 34 S. 1 GG. Dessen Wortlaut beschränkt die Haftpflicht nicht auf juristische Personen des öffentlichen Rechts, vielmehr können danach auch juristische Personen des Privatrechts passivlegitimiert sein.[3)] Das spricht gegen die vorwiegend von der Rechtsprechung vertretene Meinung[4)], wonach auch in dem Fall einer beliehenen juristischen Person des Privatrechts der beleihende Hoheitsträger haftet, und dafür, daß die beliehene juristische Person, die durch ihre Angestellten handelt, selbst haftet. Letzterer Ansicht entspricht auch der grundsätzlich der Haftung zugrundeliegende

---

1) Steiner JUS 1969, 75 stellt dies zunächst in Frage, weil der "Beliehene" nicht Organ eines Trägers hoheitlicher Zuständigkeit ist, sondern selbst Träger von Hoheitsfunktionen. Er nehme daher keine ihm im Rahmen des Dienst- und Amtsverhältnisses übertragene Amtspflicht wahr. Letztlich teilt Steiner dennoch die hier vertretene Ansicht.

2) Diese sog. "Anvertrauungstheorie" (vgl. Soergel-Glaser § 839 Rdn. 50) ist in den Entwurf des Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften übernommen worden; vgl. Dietzel JZ 1969, 48

3) Wie hier von Mangoldt-Klein Art. 34 Anm. III 6a; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S. 547; Ossenbühl, VVDStRL 29, 199

4) BGHZ 36, 194; BGH NJW 1968; 445; LG Berlin NJW 1967, 1663 f. mwNw.; Kühlhorn, S. 62 ff.; Steiner JUS 1969, 75; Michaelis, S. 200 ff.

Gedanke, daß derjenige, der den Handelnden auswählt, auch haften soll. Diese Meinung führt jedoch in ihrer Konsequenz zu einem unhaltbaren, weil verfassungsrechtlich bedenklichen Ergebnis. Sie entzöge zum einen dem Dritten den leistungsfähigsten und in der Regel leistungswilligen Schuldner, den Staat. Damit würden Rechte des Bürgers durch die Einschaltung des Privaten unzulässig geschmälert.[1] Zum andern stände dann auch hier die Befürchtung staatlicher Manipulation im Raume, durch die der Staat sich der Staatshaftung entziehen könnte.[2]

Sachgerecht erscheint daher ein mittlerer Weg, wonach die beliehene juristische Person des Privatrechts, die sich zur Erfüllung ihrer staatlichen Aufgaben ihrer Angestellten bedient, primär haftet, der beleihende Hoheitsträger dagegen nur subsidiär.[3] Hierbei werden die Rechte Dritter nicht in unzulässiger Weise verkürzt. Ein potenter Schuldner bleibt dem Bürger stets erhalten. Zudem würde damit auch der Mangel des Regresses auf den Beliehenen für den Fall primärer Haftung des Staates kompensiert.[4]

---

1) Ebenso Ossenbühl, VVDStRL 29, 199

2) Entsprechend dem Problem einer Flucht des Staates ins Privatrecht; dazu Mallmann, VVDStRL 19, 165 ff.; Zeidler, VVDStRL 19, 208 ff.; Emmerich JUS 1970, 332 ff.

3) Vgl. Ossenbühl VVDStRL 29, 200; Mennacher, S. 166 f.; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S. 547; Brand, S. 100; Wolff, VerwR II 2. Aufl. § 104 V c, der diese Meinung in seiner 3.Aufl. ohne Begründung aufgegeben hat.

4) Ossenbühl aaO.; entgegen der hier vertretenen Ansicht sieht § 13 des Entwurfes zur "Reform des Staatshaftungsrechts" 1973 (Kommissionsbericht, Hrsg.: Die Bundesminister der Justiz und des Innern, Bonn 1973) eine primäre Haftung des beleihenden Hoheitsträgers vor; § 13 S. 2 eröffnet jedoch auch eine Regreßmöglichkeit.

IV. Zulässigkeit der Beleihung durch eine Gemeinde zwecks Betreibens einer öffentlichen Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang

Einhellig wird für die Beleihung eine gesetzliche Grundlage verlangt.[1] Begründet wird diese Ansicht nur selten. Einige kurze Anmerkungen[2] hierzu sind deshalb erforderlich.

1. Gesetzesvorbehalt

Das Demokratiegebot und das rechtsstaatliche Prinzip der Gewaltenteilung - gemäß Art. 20 Abs. 1 und 2 GG - sowie deren konkrete Ausgestaltung in einzelnen Verfassungsbestimmungen führen zu dem Grundsatz, daß jede Instanz der vollziehenden Gewalt einer demokratischen Legitimation und Kontrolle bedarf.[3] Andernfalls würde man die Exekutive "in Ansehung der ihr zu eigenverantwortlicher Wahrnehmung zugewiesenen Kompetenzen für souverän" erklären "und die Einzigkeit der Staatsgewalt letztlich preisgeben."[4]

Wenn die Befugnis zu Eingriffen in die Rechtssphäre Dritter übertragen wird, greift der rechtsstaatliche

---

1) Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S. 537; Wolff, VerwR II § 104 II; Obermayer, Verwaltungsakt S. 61 Fn. 171; Badura, Verwaltungsmonopol S. 251 Fn. 49; Martens NJW 1970, 1029; Steiner JUS 1969, 73; Mennacher, S. 113 f.; Michaelis, S. 135 f.; Gammelin, S. 121; Lüke DöV 1955, 434

2) Näheres bei Gammelin, S. 121 ff.; Ossenbühl VVDStRL 29, 169 ff.

3) Gammelin, S. 120; Martens NJW 1970, 1029; Brohm, S. 243 ff.; Ossenbühl VVDStRL 29, 160 mwNw.

4) So Martens NJW 1970, 1029

Gesetzesvorbehalt ein.[1] Dieser besagt, daß die Eingriffsmöglichkeit indie Rechts- und Freiheitssphäre der Bürger nicht staatlicher Beliebigkeit überlassen ist,[2] vielmehr die Glieder der Verwaltung nur aufgrund[3] eines formellen Gesetzes tätig werden dürfen.[4] Außerdem können Kompetenzverlagerungen innerhalb und erst recht außerhalb der staatlichen Organisation zu Verschleierungen führen, deren Folgen vor allem den weniger gut informierten Bürger trifft und somit zu einer Ungleichbehandlung führen kann.[5]

Zur rechtsstaatlichen kommt die demokratische (institutionelle) Komponente. Der Gesetzgeber muß die Verantwortlichkeit des hoheitlich Handelnden sich selbst und den Bürgern gegenüber sicherstellen. Das setzt aber die normative Sicherung der Kontrolle der Ausführung der Staatsaufgaben voraus.[6]

Ossenbühl erkennt den Gesetzesvorbehalt zwar prinzipiell an, schließt aber eine Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Private ohne gesetzliche Ermächtigung für sog. Bagatellfälle[7] nicht aus.[8]

---

1) Wie hier Martens aaO.; Gammelin, S. 120;Wolff, VerwR II § 78 II b; ähnlich BVerfGE 33, 126 (158), allerdings vornehmlich für den rechtssetzenden Bereich; gleichwohl lassen sich die dort angestellten Überlegungen auf die Kompetenzverlagerung im Bereich der Exekutive übertragen. Das BVerfG stellt in seinem Beschluß fest (S.158), daß der Gesetzgeber sich seiner Rechtssetzungsbefugnis aufgrund des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips nicht völlig zugunsten anderer Stellen innerhalb oder außerhalb der Staatsorganisation entäußern dürfe. Das gelte besonders, wenn der Akt der Autonimieverleihung dem autonomen Verband nicht nur allgemein das Recht zu eigenverantwortlicher Wahrnehmung der übetragenen Aufgaben und zum Erlaß der erforderlichen Organisationsnormen einräume, sondern ihn zugleich zu Eingriffen in den Grundrechtsbereich ermächtige.

2) So Gammelin aaO.

3) mittelbar oder unmittelbar

4) Ebenso Gammelin, S.121; Michaelis, S. 135 f.; Obermayer JZ 1956, 626; Maunz, in Maunz-Dürig-Herzog Art. 20 Rdn. 127

5) Näheres bei Ossenbühl VVDStRL 29, 171; Zacher VVDStRL 25,356 ff., 380 ff.; vgl. auch BVerfGE 33, 126 (158)

6) Gammelin, S. 122; Böckenförde, Organisationsgewalt S. 95 f.

7) mit Hinweis auf den Schülerlotsen- und Schülerordnungsdienst

8) VVDStRL 29, 174

Gegen diese Ansicht sind grundsätzliche Bedenken anzumelden. Solche sog. Bagatellfälle öffnen der Exekutive ein Türchen, das zum Durchschlüpfen geradezu einläd, da nur schwer auszumachen sein wird, wann ein solcher Bagatellfall vorliegt oder nicht.[1] Darüberhinaus läßt Ossenbühl jegliche Begründung seiner These vermissen.

2. Beleihung zum Betreiben einer öffentlichen Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang

Einen ausdrücklichen Rechtssatz, der die Übertragung der Aufgaben zum Betreiben einer öffentlichen Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang vorsieht, enthalten die Gemeindeordnungen nicht. Die Ermächtigungsgrundlagen für die Anordnung des Anschluß- und Benutzungszwangs können hierfür ebenfalls nicht herangezogen werden. Zwar wies die amtliche Begründung zu § 18 DGO darauf hin,"daß die in § 18 DGO genannten Einrichtungen nicht notwendig im Eigentum der Gemeinde stehen müssen,"[2] also auch von Privaten betrieben werden können. Daraus läßt sich aber nicht entnehmen, daß dem Privaten die Rechtsstellung eines Beliehenen zukommen soll. Als gesetzliche Grundlage für eine Beleihung wäre die amtliche Begründung darüberhinaus auch ungeeignet.

Auch eine satzungsweise Beleihung genügt dem Gesetzesvorbehalt nicht.[3] Zum einen bedarf die Beleihung, wie oben festgestellt, aufgrund des Ge-

---

1) So auch Thieme, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 29, 267

2) Zitiert nach Suren-Loschelder DGO I S. 307

3) Anders Scholz, S. 30, ohne Begründung

setzesvorbehalts ausdrücklich eines formellen Gesetzes.[1] Diese Voraussetzung erfüllt eine gemeindliche Satzung nicht. Sie ist lediglich ein materiellrechtlicher Rechtssatz.[2] Zum andern kann die Satzung des Anschluß- und Benutzungszwangs nicht als Rechtsgrundlage für eine Beleihung angesehen werden, da sich die Gemeinden ansonsten selbst die Rechtsgrundlage schaffen könnten, die ihnen § 19 nwGO, der die Anordnung des Anschluß- und Benutzungszwangs durch Satzung ermöglicht, vorenthält.[3] So weit geht das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden aber nicht.[4]

Danach kommt als Rechtsgrundlage für die Beleihung durch eine Gemeinde allenfalls noch der direkte Rückgriff auf Art. 28 Abs. 2 GG in Betracht. Diesen hält Greß[5] grundsätzlich zur Übertragung hoheitlicher (Selbstverwaltungs-) Aufgaben auf juristische Personen des Privatrechts für zulässig. Der Gemeinde sei es in der Regel freigestellt, welche Aufgaben sie auf ihrem Gebiet wahrnehme. Diese verfassungskräftige Chance der Gemeinde zu gesetzesfreier Verwaltung finde ihre notwendige Ergänzung in einer damit ebenfalls verfassungskräftigen Organisationsgewalt im Bereich gesetzesunabhängiger Verwaltungsinitiative.[6]

---

1) Vgl. S. 92 Fn. 4

2) Vgl. David, S. 16; Zuhorn-Hoppe, S. 99; Maunz, in Maunz-Dürig-Herzog Art. 28 Rdn. 31

3) Ebenso Wietkamp, S. 59

4) Im Ergebnis wie hier: Wietkamp aaO.; Köttgen, Daseinsvorsorge S. 78; Wolff AfK 1963, 173; Grötttrup, S. 104

5) SKV 1967, 126

6) Vgl. auch Köttgen VVDStRL 16, 154 ff., 170

Abgesehen davon, daß hier gerade nicht der Bereich gesetzesunabhängiger Verwaltungsinitiative angesprochen ist,[1] hält die These von Greß einer näheren Untersuchung nicht stand. Zwar ist die Organisationsgewalt der Gemeinde Bestandteil der durch Art. 28 Abs. 2 GG garantierten kommunalen Selbstverwaltung.[2] Diese gewährleistet aber lediglich die organisatorische verwaltungsinterne Kompetenzverteilung. Eine Kompetenzverlagerung - und damit Kompetenzerweiterung nach außen läßt sich durch sie nicht rechtfertigen.[3] Das folgt zum einen aus dem rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalt, aufgrund dessen die Organisationsbefugnis nur dem Gesetzgeber zusteht, soweit durch die Übertragung von hoheitlicher Gewalt der Kreis derer erweitert wird, die in Rechte Dritter eingreifen können.[4] Zum andern folgt dies aus dem institutionellen Gesetzesvorbehalt,[5] der im Unterschied zum rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalt darauf beruht, "daß bestimmte organisatorische Einrichtungen als solche, aus politischen oder verfassungsstrukturellen Gründen, in ihrer Bildung und Errichtung dem Gesetzgeber vorbehalten werden."[6] Der institutionelle Gesetzesvorbehalt bedingt u. a., daß die vollziehende Gewalt aus sich heraus keine Veränderung in der Substanz der staatlichen Hoheitsrechte vornehmen

---

1) Siehe § 19 nwGO, der unabdingbare Kautelen für die Errichtung öffentlicher Einrichtungen mit Anschluß- und Benutzungszwang schafft.

2) Vgl. oben S. 17

3) Vgl. Böckenförde, Organisationsgewalt S. 93

4) Vgl. Böckenförde aaO., S. 92; ähnlich Martens NJW 1970, 1029; Gammelin, S. 120; BVerfGE 33, 126 (158); vgl. auch oben S. 91 ff.

5) Hierzu und zum Folgenden näher Böckenförde aaO. S. 95 ff.; vgl. auch oben S. 92

6) Böckenförde aaO. S. 95

kann, woraus ein Gesetzesvorbehalt für jede Art der Ausgliederung von Selbstverwaltungsbereichen aus der Verwaltungshierarchie gefolgert werden kann.[1] Sollen also durch Gesetz begründete hoheitsrechtliche Kompetenzen auf ein anderes Rechtssubjekt übertragen werden, bedarf es dazu einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung.[2] Gerade die Übertragung hoheitlicher Kompetenzen ist aber charakteristisches Merkmal der Beleihung. Aufgrund der weitgehenden rechtlichen Selbständigkeit des Beliehenen, die sich sowohl im Verhältnis des Staates zum Beliehenen[3] als auch im Verhältnis des Beliehenen zu Dritten[4] zeigt, begibt sich die Gemeinde bei der Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf diesen eines Teils ihrer Leitungsbefugnisse[5] und damit eines Teils ihrer Kompetenzen.

Es kann also festgehalten werden, daß die Gemeinden wegen der fehlenden gesetzlichen Ermächtigung nicht berechtigt sind, Privatrechtssubjekte zwecks Betreibens einer öffentlichen Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang zu beleihen.[6]

---

1) So Böckenförde aaO. S. 96; ähnlich OVG Rheinland-Pfalz DöV 1966, 282 (283)

2) Wolff, VerwR II § 72 IV b 2

3) Kein umfassendes Weisungsrecht der Gemeinde; vgl. oben S. 82 ff.

4) Vgl. oben S. 84 ff.

5) Ebenso Böckenförde aaO. S. 97

6) Im Ergebnis wie hier Wolff AfK 1963, 173; Siedentopf, S. 62 f.; Köttgen, Daseinsvorsorge S. 78; Wietkamp, S. 58 f.; Foerster SkV 1967, 198 f.; vgl. auch § 24 Abs. 1 schlh LVerwG

§ 7 Der Private als "Verwaltungshelfer"

Wenn die Gemeinde auch nicht die Befugnis hat, eine Beleihung vorzunehmen, so entspricht es dennoch einem Bedürfnis der Praxis, auch öffentliche Einrichtungen mit Anschluß- und Benutzungszwang durch Private wahrnehmen zu lassen. Es ist daher zu ermitteln, ob den Gemeinden nicht noch andere Möglichkeiten offenstehen, Private mit den hier in Betracht kommenden Verwaltungsaufgaben zu betrauen.

I. Begriff des Verwaltungshelfers

Verwaltungsaufgaben wahrnehmende Private werden mit den verschiedensten Bezeichnungen bedacht, wobei sich Begriffsüberschneidungen und -abweichungen zwangsläufig ergeben. Teils wird ein Begriff für die unterschiedlichsten Rechtsinhalte verwendet, andererseits verschiedene Begriffe für gleiche Rechtsinhalte benutzt.[1] Die Vielfalt der Bezeichnungen und das Begriffswirrwarr lassen sich damit erklären, daß die Problematik um die Übertragung staatlicher Aufgaben auf Private noch keineswegs als gelöst betrachtet werden kann.

Es ist daher zunächst die Begriffsvielfalt mit Sicht auf die hier anstehenden Probleme zu durchforsten, um die terminologische Klarheit zu schaffen, die insbesondere für die aus dem gewonnenen Begriff abzuleitenden Folgerungen erforderlich ist. Hier soll vorerst mit dem Arbeitsbegriff "Verwaltungshelfer"[2] operiert werden, der nur dann beibehalten werden soll, wenn bereits bestehende Termine die vorgefunde-

---

1) Näheres unten S. 98 ff.

2) Der so bezeichnete Private hilft der "Verwaltung" bei der Erfüllung der Aufgaben, die sie ansonsten selbst wahrzunehmen hätte.

nen Voraussetzungen nicht voll abdecken.

1. Im vorliegenden Bereich angesiedelte Erscheinungsformen

Ausgangspunkt der Überlegungen muß dabei der Umstand sein, daß das Benutzungsverhältnis der gemeindlichen Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang zwingend öffentlich-rechtlich zu gestalten ist, sich die Wahrnehmung der Aufgaben mit privatrechtlichen Mitteln also verbietet. Es können daher die "Indienstnahme durch privatrechtlichen Vertrag"[1], die "Indienststellung" wie Vogel[2] sie versteht, die "Abbürdung von Verwaltungsaufgaben durch Statuierung von öffentlich-rechtlichen Bürgerpflichten (Verwaltungsobliegenheiten)"[3], das "staatsentlastende Privathandeln unter staatlicher Aufsicht"[4], staatlich angeregtes und gefördertes Privathandeln[5] und schließlich eine staatlich-private Kooperation[6] vorweg ausgeschieden werden, weil die damit verbundenen Tätigkeiten mit privatrechtlichen Mitteln wahrgenommen werden.

---

1) Vgl. OLG Nürnberg JZ 1967, 63; BGHZ 39, 358 ff.; Kühlhorn, S. 4

2) Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, 1959, S. 30, 110

3) Siehe Ossenbühl VVDStRL 29, 138 ff. (149); ähnl. Forsthoff, VerwR S. 172

4) Ossenbühl aaO.; Steiner DöV 1970, 530 f.; Dagtoglou DöV 1970, 535; Bullinger VVDStRL 22, 264 ff.; BVerwG DöV 1970, 282

5) Primär durch Subventionsverwaltung; vgl. dazu Zacher VVDStRL 25, 308 ff.; Ipsen, VVDStRL 25, 257 ff.; ders.,öffentliche Subventionierung Privater, 1956; Götz, Recht der Wirtschaftssubventionen, 1966

6) Sie ist vornehmlich im Bereich der Wirtschaftsplanung und -lenkung anzutreffen; vgl. Ossenbühl VVDStRL 29, 150; Dagtoglou DöV 1970, 533

Als weitere Kriterien sind die nach einhelliger Meinung erforderlichen Voraussetzungen für den Betrieb der gemeindlichen Einrichtungen durch Private zu beachten.[1] Demzufolge muß die Gemeinde den Zulassungsanspruch der Benutzer gewährleisten, die Tarifgestaltung weitgehend beeinflussen und den Mißbrauch der Monopolstellung verhindern. Die Rechtsstellung der Benutzer darf sich nicht dadurch verschlechtern, daß der Private die öffentliche Einrichtung betreibt. An diesen Voraussetzungen ist die gesuchte Rechtsfigur zu messen.

Dafür ist es aber erforderlich, zunächst die Vielzahl von Begriffen, die sich in diesem Bereich angesiedelt haben, jeweils kurz darzustellen und zu erläutern, um sie auf ihre Brauchbarkeit für den hier gesuchten Begriff hin zu würdigen.

a. Indienstnahme Privater

Der Begriff der Indienstnahme Privater wird sowohl für die gesetzliche Indienstnahme als auch für die Indienstnahme durch Verwaltungsakt verwendet.[2]

aa. Gesetzliche Indienstnahme

Ipsen [3] spricht von einer gesetzlichen Indienst-

---

1) Vgl. oben S. 69 ff.

2) So Michaelis, S. 78 ff.; Kühlhorn, S. 3; Vogel, S. 31; anders Ipsen, Festschrift für E. Kaufmann, S. 141 ff. (143 f.), der unter das Rechtsinstitut der "Indienstnahme Privater" nur die "gesetzliche Indienstnahme", nicht aber die Fälle nimmt, in denen der Private aufgrund eines Gesetzes durch Verwaltungsakt in Anspruch genommen wird.

3) aaO.

nahme, wenn eine Privatperson unmittelbar aufgrund eines Gesetzbefehles bei der Erfüllung eines genau umrissenen Tatbestandes vorgezeichnete Aufgaben erfüllen muß. Ob es sich dabei um die Erfüllung öffentlicher oder staatlicher Aufgaben handelt, ist umstritten[1], braucht hier aber nicht vertieft zu werden, da sich aus dieser Qualifizierung keine zwingenden Erkenntnisse bezüglich der rechtlichen Mittel des Privaten gewinnen lassen; denn sowohl öffentliche als auch staatliche Aufgaben können privatrechtlich verfolgt werden. Die Frage nach der rechtlichen Natur der Tätigkeit des gesetzlich Indienstgenommenen ist im übrigen im Gegensatz zu dem durch Verwaltungsakt Indienstgenommenen relativ unproblematisch, weil darüber so gut wie Einmütigkeit herrscht. Dem gesetzlich Indienstgenommenen wird nur eine besondere zweckgerichtete Pflicht auferlegt. Ein damit korrespondierendes besonderes rechtliches Können, das seine privatrechtliche Handlungsfähigkeit erweitert, wird ihm nicht verliehen.[2] Ihm werden also keine Hoheitsrechte eingeräumt. Er ist nicht öffentlich-rechtlicher Rechtsträger.[3] Außerdem bedarf die gesetzliche Indienstnahme eines besonderen Gesetzes. Das Rechtsinstitut der gesetzlichen Indienstnahme entspricht demgemäß den hier zugrundegelegten Voraussetzungen für den Betrieb einer öffentlichen Einrichtung nicht.

---

1) Öffentliche Aufgabe: Michaelis, S. 82; staatliche Aufgabe: Kühlhorn, S. 3; vgl. auch BVerfG NJW 1971, 1255, wo die gesetzliche Indienstnahme für die Bevorratung von Erdölerzeugnissen als staatliche Aufgabe bezeichnet wird.

2) So Michaelis, S. 83; ähnlich Stober, S. 84

3) Vgl. Martens, Öffentlich S. 132; Stober, S. 84; Michaelis, S. 83

bb. Indienstnahme durch Verwaltungsakt

Die Indienstnahme durch Verwaltungsakt entspricht der gesetzlichen Indienstnahme mit dem Unterschied, daß die Indienstnahme dort nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar auf gesetzlicher Grundlage beruht. Als Beispiele für eine Indienstnahme Privater durch Verwaltungsakt werden u. a. [1] die Verwaltung von Umstellungsschulden durch beauftragte Banken[2], die Heranziehung des unbeteiligten Dritten zur Behebung eines polizeilichen Notstandes[3], die Inanspruchnahme von Privatpersonen durch Gerichte als Sachverständige[4] und zur Abgrenzung und Kennzeichnung von Arbeitsstellen sowie von Umleitungen und gesperrten Straßen verpflichtete Bauunternehmer[5] angeführt. Die rechtliche Einstufung der Tätigkeit des durch Verwaltungsakt Indienstgenommenen ist äußerst problematisch. Es sei nur auf die beiden letzten der obigen Beispiele hingewiesen. Diese waren in jüngerer Zeit Gegenstand gerichtlicher Urteile, die im Schrifttum auf Kritik gestoßen sind.[6][7] Eine

---

1) Vgl. näheres bei Michaelis, S. 80 ff.

2) BGHZ 43, 269; Kühlhorn, S. 3

3) Vgl. Drews-Wacke, Polizeirecht, S. 247 ff.; Wolff, VerwR III § 127 II a

4) Gemäß § 407 ZPO; § 75 StPO; vgl. auch Michaelis, S. 81; BGHZ 59, 310 ff.= BGH DVBl 1973, 31

5) Gemäß § 3 III a StVO a.F.; vgl. auch Drews-Wacke aaO. S. 490; Hohenester NJW 1961, 1613 ff.; Michaelis, S. 81

6) Vgl. zum gerichtlichen Sachverständigen BGH DVBl 1973, 31, wo der BGH im Gegensatz zur Vorinstanz (OLG Hamm BB 1970, 1325) entschieden hat, daß der vom Gericht beauftragte Sachverständige keine öffentliche Gewalt ausübt; zustimmend Friederichs, DRiZ 1973, 113 f.; zu Recht kritisch von Mutius VerwArch 64 (1973), 433 ff. (437 f.); vgl. auch Jessnitzer JVBl 1972, 177 (179); ders., Der gerichtliche Sachverständige, 1973, S. 258 mwNw.

7) Vgl. zum Bauunternehmer BVerwGE 35, 334 f.; kritisch von Mutius VerwArch 62 (1971), 300 ff.

allgemeinverbindliche Lösung wird nicht angeboten und kann auch nicht angeboten werden. Vielmehr wird auf den Einzelfall abzustellen sein. Einer näheren Auseinandersetzung mit diesen unterschiedlichen Auffassungen bedarf es im Rahmen dieser Untersuchung jedoch nicht, da die Indienstnahme durch Verwaltungsakt einhellig an die Voraussetzung einer zumindest mittelbaren gesetzlichen Ermächtigung geknüpft ist. Diese ist in der Gemeindeordnung aber nicht vorhanden.

b. Öffentliche Indienststellung Privater

Den Terminius "Öffentliche Indienststellung Privater" verwendet Gause.[1] Anders als bei der Indienstnahme durch Gesetz oder Verwaltungsakt, die besonders durch die Art und Weise der Entstehung gekennzeichnet sind, sieht Gause die Beteiligung Privater an Verwaltungsaufgaben ausschließlich unter organisationsrechtlichen Gesichtspunkten. Ihn interessiert vornehmlich, ob die Staatsorganisation durch die öffentliche Indienststellung Privater ausgeweitet wird.[2] Die Indienststellung faßt er als organisatorischen Rechtsakt auf, "durch den ein privater Rechtsträger zum Wahrnehmungssubjekt einer ihm fremden hoheitlichen Kompetenz wird, die er als Ersatzmann (Verwalter) eines öffentlichen Rechtsträgers mit privatrechtlichen Mitteln auszuüben öffentlich-rechtlich verpflichtet ist."[3]

Der Private wird hiernach nur privatrechtlich tätig, während die gemeindliche Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang nur öffentlich-rechtlich betrieben werden kann.

---

1) Die öffentliche Indienststellung Privater als Rechtsinstitut der Staatsorganisation, Diss. Kiel 1967

2) Gause, S. 8, 14

3) Gause, S. 109

c. Mantelbegriffe

aa. Verwaltungsmittler

Den Begriff des "Verwaltungsmittlers" hat Gallwas [1] in die Diskussion eingebracht. Dabei handelt es sich nicht um eine entweder durch spezifisch öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche, durch einen besonderen Übertragungsakt oder ein fest fixiertes Verhältnis Staat-Privater gekennzeichnete Rechtsfigur.

Der solcherart verstandene Verwaltungsmittler ist, wie Gallwas konstatiert, eine Rechtsfigur, der man "auf Schritt und Tritt" begegnet.[2] Zwecke, die sich das Gemeinwesen gesetzt habe, würden erst dadurch wirksam, daß der Verwaltungsmittler die konkretisierenden Entscheidungen der Verwaltung durch Privatrechtsgeschäfte, durch Realakte oder andere Verhaltensmodalitäten in die Tat umsetze. [3] Der Verwaltungsmittler soll somit in der Regel mit privatrechtlichen Mitteln auskommen.

Die rechtlichen Möglichkeiten des Staates, den Privaten als Verwaltungsmittler einzusetzen, sollen von der abstrakt-generellen Regelung bis zum Einzelakt und vom öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Vertrag bis zum Inaussichtstellen von Vergünstigungen oder Belastungen reichen. [4]

---

1) VVDStRL 29, 213 ff.
2) Gallwas aaO. S. 213
3) Gallwas aaO.
4) Gallwas aaO. S. 214 mit Beispielen in Fn. 9-12

Gallwas interessiert bezüglich seines Verwaltungsmittlers auch weniger das Verhältnis Staat-Privater als vielmehr das Verhältnis Privater-Bürger. Soweit der Verwaltungsmittler keine spezifisch öffentlich-rechtlichen Befugnisse wahrnehme und auch keinem Sonderrecht unterworfen sei, trete er als Privater unter Privaten auf.[1] Aus dieser Sicht ist es, um die Rechte der Dritten zu wahren, notwendig, als Sicherheitsfaktor für diese auf die Konstruktion einer Garantenstellung des Staates zurückzugreifen.[2]

bb. Der "Verwaltungshelfer" iSv. Ossenbühl

Ossenbühl faßt seinen Begriff des "Verwaltungshelfers" sehr weit, gewissermaßen als Mantelbegriff für sämtliche Verwaltungsagenden privater Rechtssubjekte.[3] Unter ihn fallen durch den Staat errichtete Privatrechtssubjekte[4] und vom Staat vorgefundene Private, auf die staatliche Aufgaben übertragen werden.[5] Zu den so verstandenen Verwaltungshelfern zählen nach Ossenbühl u. a. der Beliehene[6], der private Subventionsvermittler[7] und der gesetzlich Indienstgenommene.[8] Der Verwaltungshelfer soll prinzipiell öffentlich-rechtlich tätig werden.[9]

---

1) Gallwas aaO. S. 215 f.

2) Gallwas aaO. S. 228; die Garantenstellung des Gemeinwesens soll mit der Übertragung von Aufgaben auf Private entstehen. In der Diskussion auf der Staatsrechtslehrertagung 1970 in Speyer (VVDStRL 29, 248 ff.) wurde diese Konstruktion teils lebhaft begrüßt; vgl. u. a. Scheuner S. 249; Vogel S. 257; Püttner S. 267

3) VVDStRL 29, 138 ff.

4) Etwa GmbH oder AG; vgl. Ossenbühl aaO. S. 169 und LS 5 a S. 203; kritisch Scheuner, Diskussionsbeitrag VVDStRL 29, 250

5) Ossenbühl aaO. S. 169 und LS 5 b S. 203

6) aaO. S. 169

7) aaO. S. 164

8) aaO. S. 175

9) Ossenbühl aaO. S. 193

Zur Übertragung der Verwaltungsaufgaben auf den Verwaltungshelfer bedürfe es der gesetzlichen Grundlage, wenn durch sie der Bürger in seiner Rechtsposition in irgendeiner Weise beeinträchtigt werde, namentlich dadurch, daß etwa durch ein kompliziertes Zuständigkeitsgefüge die Rechtsverfolgung erschwert werde.[1] In den weitaus meisten Fällen müsse unter dem Aspekt des allgemeinen rechtsstaatlichen und demokratischen Gesetzesvorbehalts ein formelles Gesetz Grundlage der Übertragung sein.[2] Bagatellfälle sollten vom Gesetzesvorbehalt ausgenommen sein.[3]

cc. Verwendbarkeit des Mantelbegriffs

Den Begriffen des "Verwaltungsmittlers" und des "Verwaltungshelfers" iSv. Ossenbühl ist gemeinsam, daß sie für die verschiedensten Rechtsinhalte und Rechtsfiguren stehen. Sie sind Mantelbegriffe, denen der hier zugrundegelegte Arbeitsbegriff des "Verwaltungshelfers" allenfalls als Unterbegriff zuzuordnen sein könnte. Die mangelnde Konkretisierung der Begriffe wurde bewußt in Kauf genommen, weil die genannten Autoren in diesem schwer überschaubaren Bereich der Verwaltungsrechtslehre ein möglichst weites Feld erfassen wollten, um dieses an bestimmte Kautelen binden und dadurch eine gewisse rechtliche Kontrollmöglichkeit schaffen zu können.[4] Konkrete Hilfe für den hier gesuchten Begriff können diese weitgefaßten Begriffe dagegen nicht leisten.

---

1) Ossenbühl aaO. S. 171; ähnlich Leisner BayVBl 1967, 332

2) Ossenbühl aaO. S. 171 ff.; kritisch Vogel, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 29, 256: aus dem demokratischen Gesetzesvorbehalt könne nicht das Erfordernis eines formellen Gesetzes hergeleitet werden, da selbst das GG die Einschränkung von Grundrechten zum Teil auch durch (lediglich) materielles Gesetz zulasse.

3) Dazu oben S. 92 f.; kritisch auch Thieme, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 29, 267

4) In diesem Sinne wurden auch die Referate von Ossenbühl und Gallwas auf der Staatsrechtslehrertagung 1970 in Speyer aufgenommen und gewürdigt; vgl. die Diskussion in VVDStRL 29, 248 ff.

d. Verwaltungshilfe Privater

Kühlhorn[1] redet von der "Verwaltungshilfe Privater", die er ebenfalls sehr weit definiert. Er beschreibt die "Verwaltungshilfe Privater" als Beteiligung von Privaten an der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben.[2] Als Privaten im Sinne seiner Definition versteht Kühlhorn auch staatseigene juristische Personen des Privatrechts.[3]

Die Gestaltungsmittel, mit deren Hilfe der Private zum "Verwaltungshelfer" bestellt wird, werden von dieser Definition bewußt nicht erfaßt. Für den Begriff des "Verwaltungshelfers" sollen diese bedeutungslos sein, da sie nur das Verhältnis Staat-Privater im Auge haben. Dies trete aber in der Beziehung zu Dritten, im sog. Außenverhältnis, völlig hinter der Tatsache zurück, daß Verwaltungsaufgaben erfüllt würden.[4] Rechtstatsächlich zerfalle der "Verwaltungshelfer" in verschiedene Erscheinungsformen, die maßgeblich durch die jeweilige Nähe der Tätigkeit des Helfers zur staatlichen Aufgabenerfüllung gekennzeichnet sein sollen.[5] Private Verwaltungshilfe soll demgemäß in Handlungsformen des öffentlichen Rechts wie des Privatrechts möglich sein.

---

1) Haftung für die durch Verhaltungshilfe Privater enstandenen Schäden, Diss. jur. Regensburg 1972

2) Kühlhorn aaO. S. 30

3) Kühlhorn aaO. S. 30

4) Kühlhorn aaO. S. 20

5) Kühlhorn aaO. S. 30; vgl. auch Krautzberger, S. 107

Als öffentlich-rechtlich handelnde "Verwaltungshelfer" macht Kühlhorn zwei Komplexe aus, die durch die unterschiedliche Art ihres Auftretens gegenüber Dritten gekennzeichnet seien: den mit obrigkeitlichen Befugnissen ausgestatteten Privaten[1] und den mit der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben beauftragen Privaten, der zwar öffentlich-rechtliche Befugnisse ausübe, ohne aber mit Zwangsbefugnissen ausgestattet zu sein.[2]

Diesen mit öffentlich-rechtlichen Befugnissen ausgestatteten Privaten wird derjenige Private gegenübergestellt, der zwar Verwaltungsaufgaben erfülle, aber nicht mit besonderen Kompetenzen ausgestattet sei. Dieser stelle dem Staat nur seine beruflichen oder sonstigen Fähigkeiten für "wertfreie Tätigkeiten"[3] zur Verfügung. Er wird als "privater Helfer" bezeichnet.[4] Da dieser nur privatrechtlich tätig werden kann, gewinnt der "private Helfer" im Rahmen der hier angestellten Überlegungen keine Bedeutung.

Aber auch die Rechtsfigur des mit obrigkeitlichen Befugnissen ausgestatteten Privaten kann hier nicht als Lösungsmöglichkeit herangezogen werden, da die Übertragung der hoheitlichen Kompetenzen einer besonderen gesetzlichen Grundlage bedarf.

---

1) den er den "Beliehenen ieS." nennt, aaO. S. 30

2) Diesen wohl "Beliehenen iwS." bezeichnet er als "Indienstgenommenen"; sein Tätigkeitsfeld soll im Bereich der sog. schlichten Hoheitsverwaltung liegen.

3) Köttgen, Öffentliches Amt S. 131

4) Kühlhorn, S. 32; vgl. aber auch Steiner DöV 1970, 531, den Kühlhorn zur Erläuterung dieser Rechtsfigur zitiert, der diese Erscheinung aber ausdrücklich von seinem Rechtsbegriff der "Öffentlichen Verwaltung durch Private" abgrenzt.

Das gleiche gilt für den ohne Zwangsgewalt aber mit öffentlich-rechtlichen Befugnissen ausgestatteten Privaten. Kühlhorn verlangt zwar nicht ausdrücklich eine gesetzliche Grundlage für ihn[1]; der so ausgestattete Private unterscheidet sich aber von dem von Kühlhorn als "Beliehener ieS." bezeichneten Privaten lediglich durch die Übertragung bzw. Nichtübertragung von Zwangsbefugnissen. Das läßt aus der Sicht Kühlhorns die Bezeichnung "Beliehener iwS." auf dieses Rechtsinstitut gerechtfertigt erscheinen, obwohl er diesen Terminus selbst nicht ausdrücklich gebraucht, sondern den Privaten als "Indienstgenommenen" bezeichnet.[2] Für diese Betrachtungsweise spricht, daß Kühlhorn diese Rechtsfigur insbesondere mit dem schlicht-hoheitlich handelnden Privaten identifiziert, der nach der oben entwickelten Definition[3] durch den Begriff des "Beliehenen" erfaßt wird.[4] Die beiden von Kühlhorn angesprochenen Komplexe des "Beliehenen ieS." und des ohne Zwangsgewalt aber mit öffentlich-rechtlichen Befugnissen ausgestatteten Privaten (Beliehener iwS.) sind danach lediglich verschiedene Komponenten ein und desselben Rechtsinstituts. Zwar soll der "Beliehene ieS." selbständiger Rechtsträger und der "Beliehene iwS." nur Organwalter sein.[5] Dabei übersieht Kühlhorn jedoch, daß auch die Wahrnehmung von Aufgaben mit nichtobrigkeit-

---

1) S. 30 ff.
2) aaO.
3) Vgl. oben S. 81
4) Vgl. Kühlhorn, S. 34
5) Kühlhorn, S. 32

lich-hoheitlichen Mitteln selbständig und im eigenen Namen erfolgen kann.[1] Außerdem identifiziert er diesen Begriff der "Beleihung iwS." ausdrücklich unter Bezug auf Steiner mit den Tatbeständen, die dieser - wie hier - mit dem Begriff des "Beliehenen" erfaßt.[2][3] Die von Kühlhorn solchermaßen getroffene Aufspaltung des Begriffs der Beleihung ist bedenklich, da sie lediglich die Begriffsvielfalt und -verwirrung vertieft, und überflüssig, da wie oben dargelegt, der Begriff des "Beliehenen" beide Begriffe Kühlhorns in befriedigendem Maße erfaßt. Es bleibt einzuräumen, daß schlicht-hoheitlich handelnde Private auch als Organwalter tätig werden können. Dies ist aber ein völlig selbständiger, von dem Rechtsinstitut des "Beliehenen" zu trennender Komplex, der mit den Tatbeständen, die Kühlhorn für seine Rechtsfigur in Anspruch nimmt, nicht identisch ist.

e. Der "Verwaltungshelfer" nach Boge

Privatpersonen, "die zu Hilfsorganen der Verwaltung bestellt worden sind und präventive Verwaltungsgeschäfte und -aufgaben wahrnehmen, nachdem ihnen in irgendeiner Form Verwaltungsaufgaben übertragen worden sind oder nachdem sie diese aufgrund eigener Initiative übernommen haben", ordnet Boge[4] als "Verwaltungshelfer" ein.

Im Unterschied zum Beliehenen soll der "Ver-

---

1) Vgl. oben S. 80

2) Kühlhorn, S. 34

3) Steiner JUS 1969, 71; wie dieser Brohm, S. 206

4) Der Verwaltungshelfer im Polizeirecht, Diss. Göttingen 1964, S. 12 f.

waltungshelfer" nicht im eigenen Namen, sondern im fremden Namen tätig werden.[1] Er nimmt also Aufgaben einer Behörde stellvertretend wahr.[2] Die Funktionen, die dem "Verwaltungshelfer" zugewiesen werden und deren Ausübung ihm zusteht, bleiben der Substanz nach staatlich. Die dafür erforderlichen Befugnisse sind dem öffentlichen Recht zuzuordnen.[3] Die Bestellung zum "Verwaltungshelfer" soll nur durch Gesetz oder Verwaltungsakt erfolgen.[4] Auch dieser Typ des"Verwaltungshelfers" steht also unter Gesetzesvorbehalt. Das ist insbesondere deshalb erforderlich, weil es auch das Tätigwerden aus eigener Initiative des Privaten unter diesen Begriff faßt.[5] Ohne diese Voraussetzung könnten sich Private ansonsten in unbestimmtem Maße in staatliche Spähren drängen, was dem demokratischen Rechtsstaatsprinzip zuwiderliefe.

f. Hilfspersonen in öffentlich-rechtlichen Verhältnissen

Als "Hilfspersonen in öffentlich-rechtlichen Verhältnissen" bezeichnet Neukirchen[6] den Privaten, den ein Beamter bei der Erfüllung seiner Amtsgeschäfte als Helfer heranzieht.[7] Charakteristisch für diese

---

1) Boge aaO. S. 31

2) Boge aaO. S. 34

3) Boge aaO. S. 54, 56

4) Boge aaO. S. 64 ff.

5) Boge aaO. S. 64 ff.

6) Die Haftung für Hilfspersonen in einzelnen öffentlichrechtlichen Verhältnissen, Diss.Köln 1957, S. 1 ff.

7) Daher auch als Beamtengehilfe bezeichnet; vgl. auch Triepel, S. 139; Soergel-Glaser § 839 Rdn. 44; Herschel NJW 1969, 818 (für TÜV-Sachverständige); Zuleeg DöV 1970, 631 (für Schülerlotsen und Ordnungsschüler)

Rechtsfigur soll die Unselbständigkeit ihrer Tätigkeit sein.[1] "Der Gehilfe hat weder eigene amtliche Zuständigkeit, noch übt er fremde aus. Er wird nur als Werkzeug von der Hand eines Amtsinhabers benutzt."[2] Dies kommt auch in der BGH-Entscheidung vom 14.6.1971 - III ZR 120/68 - zum Ausdruck: "Möglich kann allerdings sein, daß eine Behörde in einem solchen Ausmaß auf die Durchführung von Arbeiten eines Unternehmers Einfluß nimmt, daß sie in bestimmten Beziehungen dessen Tätigwerden wie ein eigenes gegen sich gelten lassen und es so angesehen werden muß, wie wenn der Unternehmer lediglich als Werkzeug der öffentlichen Behörde bei der Erledigung ihrer hoheitlichen Aufgaben tätig geworden wäre."[3] Bei dieser unselbständigen Hilfstätigkeit werden keine Kompetenzen verschoben.[4] Eine besondere gesetzliche Ermächtigung wird für nicht notwendig erachtet.[5] Wegen des engen Zusammenhangs mit der Tätigkeit des den Helfer heranziehenden Amtsinhabers soll die Hilfstätigkeit nicht privatrechtlich, sondern öffentlich-rechtlich eingestuft werden.[6]

Die "Hilfsperson in öffentlich-rechtlichen Verhältnissen" entspricht danach zwar der oben genannten Voraussetzung des öffentlich-rechtlichen Handelns, ohne daß es einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Aber zum einen wird die "Hilfsperson in öffentlich-rechtlichen Verhältnissen" nicht ausschließlich öffentlich-rechtlich tätig; so z. B. nicht, wenn die hinter ihr

---

1) Vgl. Zuleeg aaO.
2) So Triepel, S. 139
3) BGH JR 1972, 128 (129); ähnlich BGHZ 48, 98 (103)
4) Zuleeg aaO.
5) Zuleeg aaO., ohne Begründung
6) Zuleeg aaO.; anders aber Herschel NJW 1969, 817 ff.

stehende Behörde diese Aufgabe privatrechtlich erfüllen würde.[1] Zum anderen soll die "Hilfsperson" "unselbständig"[2], als "Werkzeug"[3], also nicht selbständig im fremden Namen handeln. Danach erfüllt die "Hilfsperson" lediglich reine Botenfunktion und ist vergleichbar mit dem "privaten Helfer" Kühlhorns[4], dessen Tätigkeiten als "wertfreie Techniken"[5] bezeichnet werden können. Dabei fehlt es an jeder besonderen öffentlich-rechtlichen Rechtsstellung des Privaten. Die so definierte "Hilfsperson" kann man sich kaum als Träger einer öffentlichen Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang vorstellen. Zur weiteren Hinführung auf diehier gesuchte Rechtsfigur ist die sog. "Hilfsperson in öffentlich -rechtlichen Verhältnissen" also nicht geeignet.

g. Amtshelfer

Stober [6] definiert als "Amtshelfer" eine Privatperson, die von "einem Amtsträger mit der Wahrnehmung einzelner hoheitlicher Aufgaben auf freiwilliger Basis beauftragt wird und als Hilfsorgan im fremden Namen unter Angliederung an einen Träger öffentlicher Verwaltung selbständig tätig wird."

Der "Amtshelfer" tritt daher wie der "Verwaltungshelfer" nach Boge im fremden Namen auf und nimmt Zuständigkeiten des Trägers öffentlicher Verwaltung

---

1) Vgl. BGH JR 1972, 128 (129), der auf diese Möglichkeit ausdrücklich hinweist.

2) So ausdrücklich Zuleeg DöV 1970, 631

3) Triepel, S. 139; BGH JR 1972, 128 ff. (129)

4) s.o. S. 107

5) Köttgen, Öffentliches Amt S. 131; so auch Kühlhorn, S. 32

6) Schüler als Amtshelfer, dargestellt am Beispiel des Schülerlotsendienstes, 1972, S. 94

wahr, dem er angegliedert ist.[1] Er wird demgemäß Dritten gegenüber öffentlich-rechtlich tätig.[2] Der "Amtshelfer" soll seinen Dienst selbständig versehen, d. h.,seine Handlungsweise erschöpft sich nicht in der Überbringung fremder Willenserklärungen, also in Botenfunktionen, sondern er gibt eigene Willenserklärungen im fremden Namen ab.[3] Dabei soll der "Amtshelfer" zwar über einen Entscheidungsspielraum verfügen, aber letztlich der Weisungsbefugnis des Hoheitsträgers, in dessen Namen er zu handeln befugt ist, unterliegen.[4]

Da der Rechtsstatus des "Amtshelfers" durch freiwillige Ausübung und Handeln im fremden Namen geprägt ist, soll es keiner ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung bedürfen, um dem "Amtshelfer" hoheitliche Befugnisse zu übertragen. Vielmehr wird für genügend erachtet, wenn die Übertragung auf der Organisationsgewalt eines Trägers öffentlicher Verwaltung beruht.[5]

2. Auseinandersetzung mit dem Begriff des Amtshelfers

Den Voraussetzungen, die an die Rechtsstellung eines mit dem Betrieb einer öffentlichen Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang betrauten Privaten zu stellen sind, entspricht dieser Begriff des Amtshelfers weitestgehend. Es bedarf deshalb einer eingehenderen Würdigung dieses Begriffs. Insbesondere stellt

---

1) Stober aaO. S. 89
2) Stober aaO. S. 148
3) Stober aaO. S. 82
4) Stober aaO. S. 82
5) Vgl. Stober, S. 89, 114 ff. (116)

sich die Frage, ob tatsächlich auf eine gesetzliche Grundlage für die Übertragung staatlicher Aufgaben mit den entsprechenden öffentlich-rechtlichen Befugnissen verzichtet werden kann und ob die für diesen Begriff geltende Einschränkung, im fremden Namen zu handeln, zulässig und gerechtfertigt ist.

a. Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage?

Zur Beantwortung der ersten Frage bedarf es eines Rückblicks auf die Gründe, die die Anwendung des Gesetzesvorbehalts als zwingend für die Übertragung öffentlich-rechtlicher Befugnisse auf Private erscheinen lassen. Danach ist der Gesetzesvorbehalt als unabdingbare Forderung des demokratischen wie des rechtsstaatlichen Verfassungsprinzips, dessen Verzicht letztlich die Preisgabe der "Einzigkeit der Staatsgewalt" [1] bedeuten würde[2], für erforderlich erachtet worden. Der Gesetzesvorbehalt ist des weiteren zu fordern, "weil und soweit der mit Hoheitsgewalt bedachten Person zusätzliche Pflichten aufgebürdet werden."[3] Und schließlich ist der gesetzliche Vorbehalt zu beachten, wenn die Befugnisse zu Eingriffen in die Rechtssphäre Dritter übertragen werden soll.[4]

Die Bedenken gegen einen Verzicht auf den Gesetzesvorbehalt bei der Übertragung öffentlich-rechtlicher Befugnisse lassen sich zumindest hinsichtlich des zweitgenannten Grundes relativ einfach ausräumen.

---

1) Herbert Krüger, Staatslehre S. 847 f.
2) So Martens NJW 1970, 1029; vgl. auch oben S. 91 ff.
3) Martens aaO.
4) Vgl. Martens NJW 1970, 1029

Die Rechtsspähre des in Anspruch genommenen Privaten ist nur dann belastend tangiert und bedarf nur dann des Schutzes, solange er gegen seinen Willen zu einer öffentlich-rechtlichen Tätigkeit herangezogen wird. Im Rahmen dieser Untersuchung wird aber eben nur der Alternative freiwilligen Betreibens einer gemeindlichen Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang nachgegangen.[1] Die freiwillige Übernahme der öffentlich-rechtlichen Tätigkeit ist auch ausdrücklicher Bestandteil der Definition des "Amtshelfers".[2]

Der rechtsstaatliche und demokratische Gesetzesvorbehalt ist für die Beleihung insbesondere deshalb für erforderlich gehalten worden, weil der "Beliehene" im eigenen Namen tätig wird. Es findet dort eine Kompetenzverschiebung mit Außenwirkung zugunsten eines Privaten statt. Die Schaffung, Änderung und Aufhebung von Zuständigkeiten zur Vornahme hoheitlicher Handlungen erzeugt gegenüber den Staatsbürgern aber rechtliche Wirkungen.[3] Deshalb ist stets eine gesetzliche Grundlage zu fordern, wenn der übertragende Träger öffentlicher Verwaltung sich eines Stückes seiner Kompetenzen begibt, der Bürger also schutzbedürftig wird.[4] Auch aus dem Gesichtspunkt der "verschleierten Staatsgunst"[5], der im Gefolge von Kompetenzverschiebungen Bedeutung gewinnt, läßt sich der Gesetzesvorbehalt ableiten.[6] Tritt der Pri-

---

1) s. o. S. 67
2) Stober, S. 94
3) Vgl. auch Mennacher, S. 124, 126
4) Stober, S. 115; Steiner JUS 1969, 73 f.
5) Zacher VVDStRL 25, 308 ff.; Vgl. auch oben S. 65 f.
6) So auch Ossenbühl VVDStRL 29. 171

vate - dem Begriff des "Amtshelfers" entsprechend - aber im fremden Namen, und zwar in dem des übertragenden Hoheitsträgers,auf [1], so findet eine solche Kompetenzverschiebung nicht statt; von einer "Verschleierung" kann daher auch nicht die Rede sein. Die Übertragung öffentlich-rechtlicher Befugnisse zur Wahrnehmung staatlicher Aufgaben im Namen eines Trägers öffentlicher Verwaltung begründet keine eigentlich neue Kompetenz. Nach wie vor ist letztlich der Träger öffentlicher Verwaltung für die ordnungsgemäße Wahrnehmung der Aufgaben zuständig und verantwortlich. [2]

Auch der dritte Grund, eine gesetzliche Grundlage sei wegen der möglicherweise gegebenen Eingriffsbefugnisse in Rechte Dritter erforderlich, greift nicht durch. Wenn der Private im Namen eines Trägers öffentlicher Gewalt tätig wird, ist ein hoheitlicher Eingriff nicht ihm, sondern ausschließlich dem Träger öffentlicher Gewalt, der ihn mit der Wahrnehmung seiner Aufgaben betraut hat, zuzurechnen. Im übrigen handelt es sich hierbei letztlich nicht um das Problem der Übertragung von Verwaltungsaufgaben, sondern um die Ausübung der überwiesenen Aufgaben gegenüber Dritten.

Dennoch darf die Übertragung öffentlich-rechtlicher Befugnisse auf Private auch dann nicht in einem rechtlich völlig freien Raum schweben, wenn der Private im Nameneines Hoheitsträgers handelt. Als Grundlage kann jedoch im Gegensatz zur Beleihung die "verfassungsunmittelbare Organisationsgewalt der Exeku-

---

1) Wie diese Möglichkeit dogmatisch einzuordnen ist siehe unten S. 117

2) Im Ergebnis wie hier Stober, S. 115 f.; Zuleeg DÖV 1970, 631; BGH JR 1972, 128 ff.

tive"[1] und hier im besonderen der Gemeinde wegen des abweichenden Merkmals der fehlenden Kompetenzverschiebungen nach dem Obengesagten genügen.

b. Handeln im fremden Namen

Bisher ist von der Übertragung öffentlich-rechtlicher Befugnisse auf einen Privaten zur "Ausübung im fremden Namen" ohne Einordnung in das Gefüge der Verwaltungsrechtslehre die Rede gewesen. Es stellt sich daher die Frage, ob vergleichbare Erscheinungen im Verwaltungsrecht bereits anerkannt sind.[2] Zu ihrer Beantwortung kann der Versuch beitragen, eine Parallele zwischen dem Beliehenen und dem Begriff der Delegation einerseits zur Übertragung öffentlich-rechtlicher Befugnisse im fremden Namen und dem Begriff des Mandats andererseits zu ziehen.

Unter echter Delegation[3] ist die Aufgabe einer Zuständigkeit eines Subjekts - des Staates, der Gemeinden oder eines ihrer Organe - zu verstehen, die es in Besitz hat, zugunsten eines anderen Subjekts kraft eigenen Entschlusses.[4] Die Delegation führt also zu einem Kompetenzverlust, der jedoch nicht endgültig ist, sondern wieder beseitigt werden kann.[5]

---

1) Vgl. Ossenbühl VVDStRL 29, 170; ders. Verwaltungsvorschriften S. 263 ff., der jedoch zu weitreichende Konsequenzen daraus zieht; vgl. auch Böckenförde, Organisationsgewalt S. 93

2) Im Zivil- und Strafrecht ist diese Konstruktion geläufig. Dort ist es teils gesetzlich, teils gewohnheitsrechtlich anerkannt, daß einige dingliche und höchstpersönliche Rechte, die als solche nicht abgetreten oder voll übertragen werden dürfen, anderen Personen zur Ausübung überlassen werden können. Rechtsträger bleibt dabei stets der Rechtsinhaber. Der zu Ausübung Befugte darf nur im fremden Namen handeln; z.B. Nießbrauch, der nicht übertragbar und veräußerbar (§ 1059 BGB), dessen Überlassung zur Ausübung aber zulässig ist; vgl . auch § 1092 BGB; näheres bei Stober, S. 90 f.

3) Zur unechten Delegation vgl. Triepel, S. 51 ff.; Wolff, VerwR II § 72 IV b 2

4) Triepel, S. 51; ähnlich Wolff, VerwR II § 72 IV b 2

5) Vgl. Triepel aaO.; Wolff aaO.

Vergleicht man damit den Begriff der Beleihung, der die Übertragung hoheitlicher Befugnisse zur Ausübung staatlicher Aufgaben im eigenen Namen umfaßt, so wird deutlich, daß hierfür eine Kompetenzverschiebung zugunsten des Privaten iSd. oben definierten Begriffs der Delegation vorgenommen wird.[1)]

Komplementär zum Begriff der Delegation wird der des Mandats gebraucht.Durch Mandat beauftragt und bevollmächtigt ein öffentlich-rechtliches Subjekt ein anderes Subjekt, seine, des Mandanten, Kompetenz im Namen des Mandanten auszuüben.[2)] Mandatar kann nach dieser Definition auch ein Privatrechtssubjekt sein.[3)] Wolff beschränkt dagegen das Mandat ohne Begründung auf öffentlich-rechtliche Subjekte.[4)] Das geschieht zu Unrecht. Privatrechtssubjekte werden heute in so weitem Umfange zur Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben, insbesondere auch im eigenen Namen, eingesetzt, daß es nicht einzusehen ist, die Grenze der Zulässigkeit dort zu ziehen, wo der Private im Namen des Trägers öffentlicher Verwaltung tätig werden soll. Zwar kann der Private durch sein Handeln den Träger öffentlicher Verwaltung rechtlich binden, während der im eigenen Namen öffentlich-rechtlich handelnde Private sich zunächst selbst bindet. Letztlich entscheidend kann dieser Unterschied aber nicht sein, da für den Beliehenen der beleihende Hoheitsträger zumindest subsidiär verantwortlich ist. Auch der von Gallwas [5)] entwickelte Gedanke der Garantenstellung des Hoheitsträgers

---

1) Vgl. auch Martens, Öffentlich S. 133, der im Zusammenhang mit der Beleihung von Delegation spricht (sub d und Fn. 329); ähnlich Boge, S. 31

2) Ähnlich Triepel, S. 23, 26; Boge, S. 32; Schwabe DVBl. 1974, 70

3) Vgl. auch Triepel, S. 131; Stober, S. 90; Boge S. 32 f.; Hurst HBdKW II S. 852

4) VerwR II § 72 IV b 5

5) VVDStRL 29, 228

für Verwaltungsaufgaben wahrnehmende Private deutet in diese Richtung. Auch dort klingt an, daß der Staat für das Handeln von Privatrechtssubjekten rechtlich einzustehen hat, wenn er diesen seine Aufgaben zur Ausübung überträgt. Bedenken gegen ein Mandat zugunsten privater Rechtssubjekte bestehen daher nicht zu Recht.

Der Mandatar ist als Stellvertreter des Mandanten anzusehen. Die von ihm getroffenen Maßnahmen gelten als solche des Mandanten.[1] Der Begriffsinhalt des Mandats als verwaltungsrechtlich anerkanntem Institut entspricht also dem, was bisher als Übertragung öffentlich-rechtlicher Befugnisse auf den "Amtshelfer" zur Ausübung im fremden Namen bezeichnet wurde.

c. Eigene Definition

Trotz der weitgehenden Übereinstimmung der Voraussetzungen für das Betreiben einer öffentlichen Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang mit den Merkmalen des Begriffs des "Amtshelfers" kann die Definition Stobers insbesondere für die vorliegende Fragestellung nicht vollends befriedigen.

Zum einen sind bereits Einwände gegen die Wortwahl "Amtshelfer" zu erheben. Die Gemeinde selbst ist, wenn sie eine gemeindliche Einrichtung betreibt, nicht als "Amt" zu bezeichnen.[2] Läßt sie diese durch ein Privatrechtssubjekt betreiben, kann dieses von der Wortbedeutung her auch nicht "Amts"helfer sein. Zum anderen ist ein fester "Amts"begriff nicht auszumachen.[3]

---

1) Wolff, VerwR II § 72 IV b 2

2) Vgl. zu den Arten öffentlicher Ämter Wolff, VerwR II § 73 II

3) Stober äußert sich darüber nicht; vgl. zum Begriff des Amtes Wolff, VerwR II § 73 I

Des weiteren wird der "Amtshelfer" als "Privatperson" bezeichnet. Damit will Stober lediglich eine natürliche Person für seinen Begriff erfassen, nicht aber auch juristische Personen des Privatrechts.[1] Das ist verständlich, da er seine Abhandlung eng auf den Schülerlotsen begrenzte und somit keinen Anlaß hatte, die Übertragung von öffentlich-rechtlichen Befugnissen auf juristische Personen des Privatrechts einzubeziehen. Für die hier in Betracht kommende Rechtsfigur kann diese Beschränkung jedoch nicht hingenommen werden. Der Begriff des "Amtshelfers" ist insoweit also zu eng.

Ein weiteres Merkmal der Definition des "Amtshelfers" gibt Anlaß zur Kritik. Die Beauftragung der Schülerlotsen mit der Wahrnehmung einzelner hoheitlicher Aufgaben soll danach durch einen "Amtsträger" erfolgen.[2] Der Schülerlotse selbst wird jedoch von Stober ebenfalls als "Amtsträger" bezeichnet.[3] Daraus könnte die Folgerung gezogen werden, daß auch der beauftragte Schülerlotse seinerseits wieder kraft seiner Funktion als "Amtsträger" weitere Privatpersonen beauftragen kann, was jedoch kaum im Sinne Stobers sein dürfte. Hieraus ergeben sich Unklarheiten, die den Begriff des "Amtshelfers" ebenfalls belasten.

Wie oben angedeutet, soll hier der Begriff des "Verwaltungshelfers" trotz mancher Bedenken[4] zugrundege-

---

1) Stober, S. 94
2) Stober, S. 94
3) Stober, S. 98 ff.
4) Vgl. dazu Stober, S. 85 ff. (91)

legt werden. Dieser kann nach dem bisher Gesagten wie folgt definiert werden:

Der Verwaltungshelfer ist ein Privatrechtssubjekt[1], das zur freiwilligen Wahrnehmung staatlicher Aufgaben von einem Träger öffentlicher Verwaltung mit öffentlich-rechtlichen Befugnissen[2] ausgestattet wird und selbständig in dessen Namen handelt.

II. Der Übertragungsakt

Wie der Übertragungsakt rechtlich einzustufen ist und welche Regelungen inhaltlich durch ihn getroffen werden, sind zwei zu trennende Fragen.

1. Rechtsnatur des Übertragungsakts

Dem Verwaltungshelfer werden, wenn er eine gemeindliche Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang betreibt, zur Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben öffentlich-rechtliche Befugnisse von der Gemeinde übertragen. Nachdem die Frage des "ob" einer solchen Übertragung beantwortet ist, bleibt das "wie" zu charakterisieren.

In der Regel werden öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten entweder unmittelbar durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes durch einseitigen Verwaltungsakt übertragen. Hier fehlt es zum einen an einer gesetzlichen Grundlage, zum andern wird der Verwaltungshelfer auf freiwilliger Basis tätig. Seine Verpflichtung beruht auf dem übereinstimmenden Wil-

---

1) Natürliche oder juristische Personen des Privatrechts

2) für Tätigkeiten obrigkeitlicher wie nichtobrigkeitlich-hoheitlicher Art

len zwischen ihm und der Gemeinde, trägt also Vertragscharakter. Entsprechend der Materie liegt es nahe, von einem öffentlich-rechtlichen Vertrag auszugehen.

Die Zulässigkeit eines öffentlich-rechtlichen Vertrages wird heute allgemein anerkannt.[1] Er kann zwischen Trägern öffentlicher Verwaltung[2], zwischen Zivilpersonen hinsichtlich öffentlich-rechtlicher Rechte und Pflichten[3] und zwischen einem Träger öffentlicher Verwaltung und Zivilpersonen[4] abgeschlossen werden. Für die Zuordnung eines Vertrages zum privaten oder öffentlichen Recht ist es unerheblich, daß dieser Rechtsbeziehungen zwischen einem Träger öffentlicher Verwaltung und einem Privatrechtssubjekt regelt; denn Träger öffentlicher Verwaltung können auch privatrechtliche Verträge schließen. Ob ein privatrechtlicher oder ein öffentlich-rechtlicher Vertrag vorliegt, hängt vielmehr entscheidend vom Vertragsgegenstand ab.[5] Für seine Bestimmung können sowohl objektive als auch subjektive Kriterien herangezogen werden. Aus objektiver Sicht ist der Vertragsgegenstand öffentlich-rechtlicher Natur, wenn die eingegangenen Verpflichtungen zumindest eines Vertragspartners eng mit verwaltungsrechtlichen Berechtigungen und Verpflichtungen verknüpft sind.[6] Der Vertrag müßte, denkt man ihn sich

---

1) Vgl. BVerwG DVBl 1967, 40; BVerwG NJW 1973, 1895, OVG Münster DÖV 1957, 374; BGH DÖV 1960, 598; Stern VerwArch 49 (1958), 106 ff.; Menger VerwArch 52 (1961), 99 ff.; Rupp JUS 1961, 59 ff.; Pieper DVBl 1967, 11 ff.; Müller, S.60 ff.

2) Sog. koordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag

3) Ebenfalls koordinationsrechtliche Verwaltungsverträge genannt; vgl. Wolff, VerwR I § 44 II b; Pappermann JZ 1969,485 (489); Stern VerwArch 49 (1958), 106 (155); Müller, S. 60

4) Sog. subordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag; vgl. Wolff aaO.; Stern aaO.

5) Vgl. BVerwG DVBl 1967, 40 LS 1; OVG Münster DÖV 1957, 374; BGH DÖV 1960, 598; Stern VerwArch 49 (1958), 106 (155); Menger-Erichsen VerwArch 58 (1967), 177; R. Schmidt NJW 1969, 616 (617); Pappermann JZ 1969, 485 (488); Ossenbühl DVBl 1974, 541

6) So Wolff, VerwR I § 44 II a

als Rechtssatz, eine Norm des öffentlichen Rechts sein.[1] Der Vertragsgegenstand wird aber auch durch den Zweck geprägt, den die Vertragsparteien mit dem Vertrag verfolgen.[2] Das kann jedoch nicht heißen, daß neben dem Willen des beteiligten Trägers öffentlicher Verwaltung öffentliche Aufgaben zu erfüllen, auf seiten des Privaten ein eigenes, im öffentlichen Recht wurzelndes Interesse am Vertragsschluß vorhanden sein muß.[3] Vielmehr muß es genügen, daß der private Vertragspartner den Willen des Trägers öffentlicher Verwaltung, öffentliche Interessen zu verfolgen, erkennt und anerkennt. Er muß sie als solche nicht unbedingt verfolgen wollen. Denn das Interesse eines Privaten, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit einem Träger öffentlicher Verwaltung zu schließen, wird in der Regel wirtschaftlicher Art sein. Ob daneben noch ein "im öffentlichen Recht wurzelndes Interesse am Vertragsschluß"[4] seitens des Privaten besteht, dürfte äußerst schwierig zu ermitteln sein.[5] Es muß daher ausreichen, wenn die "Geschäftsgrundlage" im öffentlich-rechtlichen Bereich wurzelt.

Der Abschluß eines subordinationsrechtlichen Verwaltungsvertrages ist ohne ausdrückliche normative

---

1) Ebenso Wolff, VerwR I § 44 II a 1; Stern aaO.; Bisek, S. 7 ff.; Bettermann JZ 1967, 445; Menger, Festschrift für H.J. Wolff, S. 164 f.

2) Das hat R. Schmidt NJW 1969, 617 überzeugend nachgewiesen; vgl. auch BVerwG NJW 1968, 2023; VG Saarlouis NJW 1968, 2395; Pappermann JZ 1969, 488

3) So aber R. Schmidt aaO.; VG Saarlouis NJW 1968, 2395

4) So R. Schmidt aaO.

5) Siehe auch Leisner, Privatinteressen als öffentliches Interesse, DöV 1970, 217 ff., worauf hier verwiesen wird.

Ermächtigung zulässig.[1] Eine vertragliche Vereinbarung verbietet sich nur dann, wenn der Träger öffentlicher Verwaltung innerhalb seines besonderen hoheitlichen Kompetenzbereichs rechtlich zu einseitig ordnender Regelung verpflichtet ist.

Die zwischen der Gemeinde und dem Verwaltungshelfer zu treffenden Vereinbarungen stimmen mit den hier ermittelten Merkmalen des öffentlich-rechtlichen Vertrages überein. Der Verwaltungshelfer will und soll aufgrund seiner freiwilligen Verpflichtung eine Verwaltungsaufgabe mit öffentlich -rechtlichen Mitteln erfüllen. Damit ist der Vertragsgegenstand sowohl nach objektiven als auch nach subjektiven Kriterien als öffentlich-rechtlich gekennzeichnet. An dieser Beurteilung ändert sich auch nichts dadurch, daß der Verwaltungshelfer direkt an die Gemeindeeinwohner leistet. Es handelt sich dabei um einen Vertrag zugunsten Dritter. [2]

Neben dem Vertrag zugunsten Dritter gemäß §§ 328 ff. BGB (sog. echter Vertrag zugunsten Dritter) ist ein gesetzlich nicht geregelter sog. unechter Vertrag zugunsten Dritter entwickelt worden.[3] Während beim echten Vertrag zugunsten Dritter der Dritte aus dem Vertrag unmittelbar einen eigenen Anspruch auf Leistung erhält, allein oder neben dem Versprechensempfänger (§ 335 BGB), steht dem Dritten beim un-

---

1) Wie hier die h.M., vgl. BVerwG DVBl 1967, 43; Götz JUS 1970, 2; Bisek, S. 44 ff.; Wolf, VerwR I § 44 II c 2; anders aber Stern VerwArch 49 (1958),131 ff.; Beinhardt VerwArch 55 (1964), 221 ff.

2) Vgl. auch von Kornatzki, S. 53

3) Vgl. Palandt-Danckelmann Anm. 1 vor § 328; Larenz, Schuldrecht I § 11 I

echten Vertrag zugunsten Dritter kein eigenes Recht auf Leistung zu, sondern nur dem Versprechensempfänger bzw. Vertragspartner.[1)]

Für die Benutzer einer gemeindlichen Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang ist nur die der Anordnung des Anschluß- und Benutzungszwangs zugrundeliegende Satzung verbindlich und maßgebend. Ob die Gemeinde die Einrichtung selbst betreibt oder durch einen Verwaltungshelfer betreiben läßt, obliegt allein ihrer Entscheidung. Ebensowenig wie die Einschaltung des Privaten Rechte des Bürgers schmälern darf, vermag sie zusätzliche Rechte für ihn zu begründen. Der Verwaltungshelfer schuldet demnach seine Leistung lediglich der Gemeinde und nur diese steht wiederum zu den Benutzern in rechtlichen Beziehungen [2)]; denn wenn die Einwohner zur Inanspruchnahme einer Einrichtung gezwungen werden, so muß die Gemeinde selbst ihnen unmittelbar verpflichtet sein.[3)] Vertragliche Beziehungen bestehen zwischen dem Verwaltungshelfer und den Benutzern der von ihm betriebenen Einrichtung daher nicht.[4)] Dazu steht auch nicht in Widerspruch, daß der Verwaltungshelfer

---

1) Vgl. Paland-Danckelmann Anm. 1 vor § 328; Larenz, Schuldrecht I § 11 I

2) Ebenso Hurst HBdKW II S. 852; von Kornatzki, S. 58 ff.; Wietkamp, S. 60 a; Köttgen, Daseinsvorsorge S. 77 f.,82,93; Kerrl-Weidemann § 18 DGO Erl. 6; Zeitler-Bitter-Von Derschau S. 95; K. Friedrichs, S. 82; VGH Freiburg DVBl 1953, 635 ff.: "Die Benutzer müssen die Leistung als solche der Gemeinde beziehen und dürfen es nur mit dieser nicht aber mit einem privaten anderen Eigentümer zu tun haben, während dieser wiederum nur zu der Gemeinde, nicht aber zu den Gemeindeeinwohnern in rechtliche Beziehungen tritt." (636)

3) So Köttgen, Daseinsvorsorge S. 63

4) Inkonsequent Pappermann JZ 1969, 485 ff.(489): "Die Gemeinde muß seinen (des Einwohners; der Verf.) Zulassungsanspruch dadurch erfüllen, daß sie kraft ihrer vertraglichen Einflußmöglichkeit auf den Träger einen Vertrag zwischen Benutzungswilligem und Träger zustandebringt... Dabei steht aber der Träger ganz unter dem Einfluß der Gemeinde, er darf nur tun, was die Gemeinde will. Deshalb ist im Grunde die Gemeinde Vertragspartner... Da eigentlich die Gemeinde Vertragspartner ist und der Träger nur ihr Erfüllungsgehilfe...."

- wie in der Praxis üblich - von den Benutzern die entsprechenden Gebühren erhebt; denn es handelt sich dabei in Wirklichkeit nur um eine faktische Einziehung. Rechtlich wird die Gebühr dagegen der Gemeinde geschuldet.[1)]

Der zwischen dem "Verwaltungshelfer" und der Gemeinde geschlossene Vertrag kann demnach als unechter (öffentlich-rechtlicher) Vertrag zugunsten Dritter bezeichnet werden.

2. Inhalt der Vereinbarung

Was Vertragsinhalt werden soll, muß von beiden Vertragspartnern ausgehandelt werden. Unerheblich für die Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages ist dabei, ob beide den gleichen Einfluß auf die zu treffenden Regelungen ausüben. Entscheidend ist vielmehr, daß sie auf übereinstimmendem Willen beruhen.[2)] In der Praxis hängen die Einflußmöglichkeiten der Vertragspartner ganz von ihrer wirtschaftlichen Stärke ab.[3)] Kleineren und mittleren Unternehmen

---

1) Vgl. OVG Lüneburg OVGE 25, 345 ff. (355); von Kornatzki, S. 60; Köttgen aaO. S. 82

2) Vgl. OVG Münster DöV 1967, 271; Bisek, S. 10 ff. Wolff, VerwR I § 44 II a 2; a.A. Pieper DVBl 1967, 11 f.

3) Was die starke Stellung eines Unternehmens zustandezubringen vermag, zeigt die Entscheidung des OVG Lüneburg vom 1.11.68 - AZ III OVG A 156/66 - (in OVGE 25, 345 ff. auszugsweise veröffentlicht). Dort war ein Wasserlieferungsvertrag zwischen der Hamburger Wasserwerke GmbH (HWW) und einer schleswig-holsteinischen Gemeinde geschlossen worden. § 10 Abs. 3 dieses Vertrages lautet: "Die Ortssatzung darf nur im Einvernehmen mit den HWW abgefaßt werden. Eine Befreiung vom Anschluß- und Benutzungszwang durch die Gemeinde darf nur mit schriftlicher Zustimmung der HWW ausgesprochen werden." Den Vertrag hat das OVG Lüneburg als privatrechtlichen Vertrag charakterisiert, obwohl der Vertragsgegenstand zumindest zu einem Teil - wie

gegenüber werden die Gemeinden eine verhältnismäßig gute Position haben, da sie immerhin eine Monopolstellung verschaffen können, das Unternehmen also im wesentlichen ohne Wettbewerbs- und Unternehmerrisiko arbeiten kann. Einen breiten Verhandlungsspielraum haben die Gemeinden allerdings trotzdem nicht. Sie haben dafür Sorge zu tragen, daß die Rechtssphähre der Benutzer durch Einschaltung des Verwaltungshelfers nicht geschmälert wird, müssen diesen also relativ eng an sich binden, um genügend Einflußmöglichkeiten auf ihn zu besitzen. Dies nicht zuletzt auch deshalb, weil dieser in ihrem Namen handelt.

Der Vertrag wird in der Regel eine Verpflichtung der Gemeinde enthalten, daß sie ausschließlich den Vertragspartner mit dem Betreiben ihrer Einrichtung betraut. Sie kann dem Verwaltungshelfer gestatten, erforderliche Zwangsmaßnahmen in ihrem Namen selbst zu treffen, diese sich aber auch selbst vorbehalten und dem Verwaltungshelfer allein die tatsächliche Ausführung der Verwaltungsaufgaben überlassen. Weiterhin wird dem Privaten ein bestimmtes Entgelt zugesichert werden müssen. Hierzu muß vereinbart werden, wer die Gebühren kassiert. Dies kann unmittelbar durch die Gemeinde geschehen, die einen Teil

---

zitiert - eindeutig öffentlich-rechtlicher Natur ist. Die Entscheidung bietet auch bzgl. anderer Punkte Anlaß zur Kritik. So hat die Gemeinde in § 11 ihrer Satzung zur Anordnung des Anschluß- und Benutzungszwanges bestimmt: " Zur Durchführung der Wasserversorgung wird von den HWW GmbH mit jedem Grundstückseigentümer ein privatrechtlicher Wasserlieferungsvertrag abgeschlossen." Diesen öffentlich-rechtlichen Zwang zum Abschluß eines "privatrechtlichen Vertrages" (Vertragsfreiheit!) hat das OVG unbeanstandet gelassen.

an den Unternehmer abführt oder aber durch den Verwaltungshelfer für die Gemeinde, der dann einen entsprechenden Prozentsatz an diese weiterleitet.

Der Verwaltungshelfer wird sich zur ordnungsgemäßen Durchführung der ihm übertragenen Verwaltungsaufgaben verpflichten. Die Gemeinde muß sich das einem in ihren Namen auftretenden Verwaltungshelfer gegenüber erforderliche Weisungsrecht einräumen lassen. Die Möglichkeiten, diese Rechte zu sichern, reichen von Konventionalstrafen bis zum Recht der fristlosen Kündigung, insbesondere des sofortigen Selbsteintrittsrechts bei Mißbrauch der dem Privaten eingeräumten Rechtsstellung.[1)]

III. Das Verhältnis des Verwaltungshelfers zu Dritten

Wie oben festgestellt[2)], bestehen innerhalb des Benutzungsverhältnisses der gemeindlichen Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang rechtliche Leistungsbeziehungen nur zwischen dem Verwaltungshelfer und der Gemeinde und zwischen der Gemeinde und den benutzungspflichten Gemeindeeinwohnern, da der Verwaltungshelfer lediglich im Namen der Gemeinde tätig wird. Dabei ist oft unvermeidlich, daß der Private auch in die Rechtssphäre der Benutzer eingreift. Hiergegen muß dieser im gleichen Maße geschützt sein, als wenn die Gemeinde selbst tätig würde.

---

1) Vgl. zum Ganzen von Kornatzki, S. 42 und den von ihm im Anhang entwickelten Mustervertrag.

2) s. o. S. 125

1. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und Grundrechtsbindung

Soweit der "Verwaltungshelfer" innerhalb seines vorgeschriebenen Aufgabenbereichs, also öffentlich-rechtlich tätig wird, ist er ebenso wie die Gemeinde, an deren Stelle er handelt, an den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit gebunden. Da sein Handeln für das der Gemeinde steht, gilt für ihn auch die Bindung an die Grundrechte.[1] Soweit der Private durch die Übertragung der Verwaltungsaufgaben eine rechtliche Monopolstellung erlangt, folgt dies auch daraus, daß er sich nicht mehr auf die eigene Vertragsfreiheit berufen kann, um ein willkürliches Handeln zu decken und die Grundrechte anderer zu unterlaufen.[2] So kann beispielsweise eine Fleischergenossenschaft, die mit dem Betrieb eines gemeindlichen Schlachthofs (mit Benutzungszwang) beauftragt ist, ihren Genossenschaftsmitgliedern keine ermäßigten Gebührensätze einräumen. Vielmehr ist auch der privatrechtliche Träger gemäß Art. 3 Abs. 1 GG an eine gleichartige Belastung durch Benutzungsgebühren gehalten,[3] da im Verhältnis zu den Benutzern der öffentlichen Einrichtung rechtlich die Gemeinde handelt.Handelt der Verwaltungshelfer dagegen außerhalb des ihm übertragenen Aufgabenbereichs, ist er diesen Bindungen nicht unterworfen.

---

1) s. o. S. 48 , 86 f.; vgl. auch Müller, S. 356 ff. (372); Bachof, Freiheit des Berufs, S. 180

2) Ebenso Müller, S. 372 f.

3) So auch VG Frankfurt DöV 1968, 292 in dem hier angeführten Beispielsfall

2. Rechtsweg

Private Verwaltungshilfe ist in der VwGO nicht berücksichtigt worden. Es gilt daher kurz zu erörtern, ob der Verwaltungsrechtsweg für Streitigkeiten aus dem Benutzungsverhältnis gegeben ist, wenn ein Verwaltungshelfer die Einrichtung betreibt, und wenn ja, ob der Verwaltungshelfer im Verwaltungsstreitverfahren eine selbständige Stellung einnimmt.

Aus der Definition des Verwaltungshelfers ergibt sich, daß dieser in Ausübung der übertragenen Verwaltungsaufgaben öffentlich-rechtlich tätig wird. Da er an Stelle eines Hoheitsträgers und für diesen handelt, muß seine Tätigkeit so behandelt werden, als ob der Träger öffentlicher Verwaltung selbst gehandelt hätte.[1] Streitigkeiten, die diesen Tätigkeitsbereich des Privaten betreffen, sind demnach öffentlich-rechtlicher Art. Gemäß § 40 I VwGO ist also der Verwaltungsrechtsweg gegeben.[2]

Für den Beliehenen wurde konstatiert, daß er im Verwaltungsprozeß sowohl als Behörde nach § 73 VwGO als auch als Körperschaft nach § 78 VwGO angesehen werden kann.[3] Daß dies für den Verwaltungshelfer nicht im gleichen Maße gelten kann, ist schon seiner begrifflichen Einordnung zu entnehmen. Er handelt im fremden Namen und ist Vertreter einer Behörde. Demgemäß ist derjenige Hoheitsträger im Verwaltungsstreitverfahren passivlegitimiert, der dies wäre,

---

1) Wie hier Ossenbühl, Diskussionsbeitrag VVDStRL 29, 274

2) Im Ergebnis ebenso Dagtoglou, Diskussionsbeitrag VVDStRL 29, 270; Martens, Diskussionsbeitrag VVDStRL 29, 268; Stober, S. 149; Hurst HBdKW II S. 852

3) s. o. S. 87 f.

wenn der Träger öffentlicher Verwaltung, für den der Verwaltungshelfer gehandelt hat, selbst gehandelt hätte.[1)]

3. Haftung

Während die Anwendung der Amtshaftungsgrundsätze (§ 839 BGB iVm. Art. 34 GG) auf den "Beliehenen" einhellig befürwortet wird,[2)] gehen die Meinungen hinsichtlich der übrigen Bereiche privater Verwaltungshilfe auseinander.[3)] Als anerkannt kann praktisch nur gelten, daß auch über das Institut der Beleihung hinaus Staatshaftung eingreifen kann, wenn Private in Staatsfunktionen verwaltender Art eingeschaltet sind.[4)] Auf welche weiteren Rechtsfiguren die Staatshaftung anwendbar ist, bleibt jedoch unklar.

Schwierigkeiten entstehen insbesondere dann, wenn der Private lediglich zu Maßnahmen herangezogen wird, die in der Ebene des Faktischen liegen, also bei Realakten.[5)] Sie sind in ihren Erscheinungsformen rechtskategorial grundsätzlich "indifferent oder ambivalent".[6)] Anders als bei Realakten eines öffentlich-rechtlichen Rechtsträgers, für die eine Vermutung zugunsten des öffentlich-rechtlichen

---

1) Ähnlich Stober, S. 145; Hurst HBdKW II S. 852

2) Vgl. die Nachweise oben S. 88 Anm. 2

3) Vgl. von Mutius VerwArch 64 (1973), 433 ff. mit Nachweisen aus Rechtsprechung und Schrifttum

4) Gammelin, S. 97; Steiner DöV 1970, 528 ff.; Ossenbühl VVDStRL 29, 197 f.

5) Vgl. Martens DVBl 1968, 150; von Mutius VerwArch 64 (1973), 443

6) So Erichsen JR 1972, 130; ähnlich Martens DVBl 1968, 150; von Mutius aaO.

Charakters der Maßnahme spricht und deren Abweichung hiervon einer besonderen Begründung bedarf,[1] kann dies für Tathandlungen eines Privaten nicht gelten. Diese Probleme haben teilweise dazu geführt, die Amtshaftungsgrundsätze weit auszulegen, um auch privatrechtliches Handeln zur Erfüllung staatlicher Aufgaben zu erfassen.[2] Gammelin hat jedoch anhand der Entstehungsgeschichte der Staatshaftung, der Rechtssprechung und des Schrifttums überzeugend nachgewiesen, daß de lege lata Staatshaftung nur eintritt, wenn die Verwaltung mit öffentlich-rechtlichen Mitteln und in öffentlich-rechtlichen Formen tätig wird.[3]

Die Amtshaftungsgrundsätze sind demnach auf den Verwaltungshelfer anwendbar, wenn dieser "jemand" iSd. Art. 34 GG ist, und er eine ihm gegenüber Dritten obliegende Amtspflicht in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes verletzt.

Art. 34 GG geht von einem weiten Beamtenbegriff aus. Der Handelnde muß danach nicht in einem Dienstverhältnis als Beamter oder Angestellter stehen. "Jemand" iSd. Art. 34 GG ist vielmehr "jede von einer zuständigen Stelle mit der Ausübung von öffentlicher Gewalt betraute Person."[4] Das Merkmal des "Anvertrautseins" erfüllt jede mit Billigung eines Hoheitsträgers vorgenommene Beteiligung Privater an Ver-

---

1) Vgl. Martens aaO.; Erichsen VerwArch 60 (1969), 378; ders. JR 1972, 130; Menger, Festschrift für H.J. Wolff, S. 165

2) Vgl. Kühlhorn, S. 103 ff.; Ossenbühl JUS 1973, 423; M. Schröder JUS 1969, 27; Maunz, in Maunz-Dürig-Herzog Art. 34 Rdn. 17; vgl. auch die Nw. bei Martens, Öffentlich S. 82 ff., 92 ff.

3) S. 62 ff; vgl. auch Martens NJW 1970, 1029

4) von Mangoldt-Klein Art. 34 Anm. III 1 (S. 830); Hamann-Lenz Art. 34 B 1; Maunz, in Maunz-Dürig-Herzog Art. 34 Rdn. 15

waltungsaufgaben.[1] Aber nicht jedem, der von einem Hoheitsträger an der Erfüllung seiner Aufgaben beteiligt wird, ist somit schon die "Ausübung eines öffentlichen Amtes" iSd. Art. 34 GG anvertraut[2]. Unter dem Begriff der "Ausübung eines öffentlichen Amtes" ist vielmehr die Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Kompetenzen zu verstehen.[3] Die Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Kompetenzen umfaßt hierbei sowohl obrigkeitlichen Zwang als auch die Ausübung staatlicher Fürsorge.[4] Dabei ist scharf zu unterscheiden "zwischen öffentlich-rechtlichen Kompetenzen und öffentlichen Aufgaben, zu deren Erfüllung öffentlich-rechtliche Kompetenzen zugeteilt und verliehen werden können."[5]

Insbesondere darf von der Erfüllung öffentlicher Aufgaben nicht auf die Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Kompetenzen geschlossen werden.[6] Es ist vielmehr entscheidend darauf abzustellen, ob die Aufgabe, mit deren Wahrnehmung der Private betraut wird, öffentlich-rechtlich begründet wird und ob er diese nach Maßgabe des öffentlichen Rechts durchzuführen hat.[7] Im Zweifelsfalle, insbesondere also bei Realakten, ist darauf abzustellen, "ob das Verfahren einer öffentlich-rechtlich geregelten Aufgabe dient und einer Einrichtung zuzurechnen ist,

---

1) Dagtoglou BK Art. 34 Rdn. 79

2) Vgl. BGH DVBl 1973, 31 f.; Dagtoglou aaO.; von Mutius VerwArch 64 (1973), 435; Martens NJW 1970, 1029

3) Martens NJW 1970, 1029; ähnlich Gammelin, S. 62 ff.; von Mangoldt-Klein Art. 34 Anm. III 2 a; BGH NJW 1973, 757 ff.

4) von Mangoldt-Klein Art. 34 Anm. III 2 b; M. Schröder JUS 1969, 25 (27) mwNw.; BGH NJW 1973, 757 ff.

5) So Martens, Öffentlich S. 133

6) Hiervor warnt Martens eindringlich,Öffentlich S. 134; vgl. auch Erichsen JR 1972, 130

7) von Mutius VerwArch 64 (1973), 439; Martens, Öffentlich S. 99; Sauer DVBl 1970, 487; BGH MDR 1971, 994; BGH NJW 1973, 460 ff.; BGH NJW 1973, 463 ff.

die im Regelfall nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts tätig wird."[1)]

Nach dem Vorhergesagten kann es daher keinem Zweifel unterliegen, daß der Verwaltungshelfer im hier definierten Sinne bei der Wahrnehmung der ihm übertragenen Verwaltungsaufgabe in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes handelt. Da die Übertragung der öffentlich-rechtlichen Befugnisse zur Wahrnehmung staatlicher Aufgaben die Auferlegung der diesbezüglichen Amtspflichten beinhaltet, sind die Amtshaftungsgrundsätze also auf den Verwaltungshelfer anwendbar.[2)]

Demnach wird das Fehlverhalten des Verwaltungshelfers zumindest dann, wenn es sich um eine natürliche Person handelt, dem Hoheitsträger zugerechnet, in dessen Namen er handelt. Man kann hier mit Bender[3)] von einer "mittelbaren Ausübung hoheitlicher Tätigkeit", weil im Namen des Hoheitsträgers erfolgt, sprechen, bei der deliktisches Fehlverhalten nach Art. 34 GG zur Staatshaftung und damit zum Ausschluß der Eigenhaftung des Verwaltungshelfers führt.[4)]

Problematischer stellt sich die Frage, wer haftendes Organ ist, dar, wenn der Verwaltungshelfer eine juristische Person des Privatrechts ist und seine

---

1) So Erichsen JR 1972, 130 im Anschluß an BGH JR 1972, 128 (Urteil vom 7.6.71-AZ III ZR 63/68)

2) Im Ergebnis ebenso Stober, S. 140 f.; Boge S. 61 f.; Bender, S. 111 (Rdn. 159); Ossenbühl JUS 1973, 421 (423); von Mutius aaO. S. 442 f.; BGH JR 1972, 128; BGHZ 48, 103; BGH VersR 1967, 859

3) Staatshaftungsrecht S. 111 (Rdn. 159)

4) Dahingehend auch § 13 des Entwurfs zur "Reform des Staatshaftungsrechts" : "Ist der Träger öffentlicher Gewalt keine juristische Person des öffentlichen Rechts, so haftet die juristische Person des öffentlichen Rechts, die diese Gewalt übertragen hat.Sie kann bei verschuldeter Rechtsverletzung Rückgriff nehmen, soweit nicht der Rückgriff gesetzlich anders geregelt ist."

Angestellten für ihn tätig werden. Anders als beim Beliehenen ist der Verwaltungshelfer nicht als Körperschaft des öffentlichen Rechts zu betrachten, weil er nicht Träger selbständiger öffentlich-rechtlicher Rechte und Pflichten ist. Er kann damit auch nicht Körperschaft iSd. Art. 34 GG sein. Zwar sucht der Verwaltungshelfer ebenso wie der Beliehene seine Angestellten allein aus. Dafür sind aber die Einflußmöglichkeiten des Hoheitsträgers, auf den Verwaltungshelfer einzuwirken, erheblich größer. Damit ist auch die direkte haftungsrechtliche Verantwortung zu rechtfertigen.

§ 8 Zusammenfassung

I. Den Gemeinden steht grundsätzlich frei, ihre öffentlichen Einrichtungen privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich zu betreiben. Das ergibt sich aus der Organisationsgewalt der Gemeinde. Die Organisationsfreiheit und damit das Wahlrecht ist jedoch eingeschränkt, wenn die Gemeinde Anschluß- und Benutzungszwang für ihre Einrichtungen anordnet. Sie kann diese Einrichtung nur in öffentlich-rechtlicher Organisationsform errichten. Das Benutzungsverhältnis zwischen der Gemeinde und den Benutzern ist zwingend öffentlich-rechtlich zu regeln. Dieses Ergebnis läßt sich nicht mit Hilfe der herkömmlichen Abgrenzungstheorien zum öffentlichen und privaten Recht finden. Vielmehr ist folgender Gesichtspunkt ausschlaggebend:

Innerhalb des Benutzungsverhältnisses werden zwar beinahe ausschließlich tatsächliche Leistungen erbracht, deren eindeutige rechtliche Einordnung äußerst schwierig ist. Entscheidend für die

öffentlich-rechtliche Qualifizierung ist aber, daß die ausschließliche Benutzung der gemeindlichen Einrichtung und damit die Einschränkung der Privatautonomie, zwangsweise durchgesetzt werden kann, und zwar so lange, wie das Benutzungsverhältnis besteht.

Unterstützend für dieses Ergebnis kann herangezogen werden, daß eine privatrechtliche Gestaltung des Benutzungsverhältnisses sowohl haftungsmäßig als auch wegen der Beschränkung auf den Zivilrechtsweg zu einer Schmälerung der Rechtsstellung des Benutzers führen kann. Wegen des auf den Bürger ausgeübten Zwanges erscheint dies aber bedenklich.

II. Die Erfüllung staatlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte ist grundsätzlich zulässig. Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen nicht. Der Staat muß in diesem Fall jedoch dafür Sorge tragen, daß die Interessen der betroffenen Bürger gesichert bleiben. Für sie darf dadurch, daß ein Privater anstelle des Staates handelt, kein Rechtsverlust entstehen.

III. Auch öffentliche Einrichtungen mit Anschluß- und Benutzungszwang können von Privaten betrieben werden.

1. Anschluß- und Benutzungszwang kann zwar nur für gemeindliche Einrichtungen angeordnet werden. Das heißt aber anerkanntermaßen nicht, daß die Gemeinde auch Eigentümer dieser Einrichtung sein muß. Es genügt vielmehr, daß die Gemeinde sich eine derartige Einflußnahme auf den Privaten sichert, daß der Benutzer nicht schlechter steht, als wenn die Gemeinde selbst die Einrichtung betriebe.

2. Wird die Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang von einem Privaten betrieben, handelt es sich weder um eine Enteignung zugunsten eines Privaten

noch um die Anordnung des Anschluß- und Benutzungszwangs zugunsten eines Privaten. Auch ein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 iVm. Art. 3 GG liegt nicht vor.

3. Die Rechtsstellung des Privaten wird unterschiedlich beurteilt. Es haben sich hauptsächlich zwei Rechtsfiguren in der Diskussion herauskristallisiert: die des Beliehenen und die des sog. Verwaltungshelfers.

IV. 1. Der Beliehene ist ein Privatrechtssubjekt, dem zum Zwecke der selbständigen Wahrnehmung staatlicher Aufgaben im eigenen Namen hoheitliche Kompetenzen übertragen werden. Er ist als öffentlich-rechtlicher Rechtsträger der Staatsverwaltung angegliedert.

2. Die Benutzer würden bei Wahrnehmung der gemeindlichen Einrichtung durch den Beliehenen rechtlich nicht schlechter stehen, als wenn die Gemeinde selbst handeln würde. Insbesondere gilt der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung für ihn, und er unerliegt der Grundrechtsbindung. Bei Streitigkeiten ist der Verwaltungsrechtsweg gegeben und bei deliktischem Handeln des Beliehenen greift die Staatshaftung ein.

3. Eine Beleihung ist aber wegen des rechtsstaatlichen und demokratischen Gesetzvorbehalts nur durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes zulässig. An einer derartigen gesetzlichen Grundlage fehlt es.

V. 1. Der Verwaltungshelfer ist ein Privatrechtssubjekt, das zur freiwilligen Wahrnehmung staatlicher Aufgaben von einem Träger öffentlicher Verwaltung mit öffentlich-rechtlichen Befugnissen aus-

gestattet wird und in dessen Namen selbständig tätig wird.

2. Die Beauftragung des Verwaltungshelfers bedarf aus folgenden Gründen keiner besonderen gesetzlichen Grundlage:
- er wird aufgrund freiwilliger Verpflichtung tätig;
- er handelt bei Betreiben einer gemeindlichen Einrichtung im Namen der Gemeinde; es findet demnach keine Kompetenzverschiebung statt; mögliche Eingriffe in Rechte Dritter werden der Gemeinde zugerechnet.

Der Verwaltungshelfer wird vielmehr aufgrund öffentlich-rechtlichen Vertrages durch einen Träger öffentlicher Verwaltung verpflichtet. Die Gemeinde kann sich also vertraglich im Innenverhältnis die notwendige Einflußnahme sichern. Es handelt sich hierbei um einen unechten Vertrag zugunsten Dritter. Das hat zur Folge, daß rechtliche Leistungspflichten nur zwischen der Gemeinde und dem Verwaltungshelfer einerseits und der Gemeinde und den Bürgern andererseits bestehen.

3. Der öffentlich-rechtlich handelnde Verwaltungshelfer wird nicht anders tätig, als wie die Gemeinde tätig würde, nähme sie die ihm übertragenen Aufgaben selbst wahr. Der Verwaltungshelfer ist demgemäß an den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit wie an die Grundrechte gebunden. Für Rechtsstreitigkeiten ist der Verwaltungsrechtsweg gegeben. Die Amtshaftungsgrundsätze finden Anwendung. Haftende Körperschaft ist derjenige Träger öffentlicher Verwaltung, in dessen Namen der Verwaltungshelfer handelt.

Lebenslauf

Am 25.12.1945 wurde ich als Sohn des jetzigen Abteilungsdirektors Rudolf Kauther und seiner Ehefrau Liesel, geb. Wartenberg, in Hilden geboren.

In den Jahren 1952 - 1956 besuchte ich zunächst die Volksschule (Heideschule) in Gevelsberg und wechselte dann auf das Städtische Gymnasium Gevelsberg über. Nach neunjähriger Schulzeit bestand ich dort am 26.2.1965 die Reifeprüfung.

Nach einer halbjährigen Volontärzeit leistete ich einen zweijährigen Wehrdienst ab. Im Anschluß daran studierte ich acht Semester Rechtswissenschaft, davon zwei an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster und sechs an der Ruhruniversität Bochum. Am 28.1.1972 legte ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Oberlandesgericht Hamm und nach zweijähriger Referendartätigkeit vor dem Landesjustizprüfungsamt in Nordrhein-Westfalen am 5.12.1974 die zweite juristische Staatsprüfung ab. Vom 1.3.1972 bis zum 31.12.1974 war ich daneben als wissenschaftliche Hilfskraft an der Ruhruniversität Bochum tätig.